

Professor Dr. Dietrich Murswiek

Universität Freiburg, Institut für Öffentliches Recht

Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung

Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 „Corona-Pandemie“ des Landtags Rheinland-Pfalz

Ich nehme aus verfassungsrechtlicher Sicht zu Leitfrage 1 Stellung. Daraus ergeben sich auch Antworten auf Leitfragen 5 und 6. Ich beschränke mich auf die Betrachtung der allgemeinen freiheitsbeschränkenden Maßnahmen, die – insbesondere im Rahmen des „Lockdown“ – zur Eindämmung der Pandemie ergriffen wurden, und gehe nicht auf infektionsschutzrechtliche Spezialmaßnahmen ein, die beispielsweise die Versorgung mit Medikamenten oder mit Desinfektionsmitteln oder Schutzkleidung betreffen. Ich kann in diesem Papier auch nicht darauf eingehen, ob die nach den weitgehenden Lockerungen der Corona-Bekämpfungsmaßnahmen ab Mai 2020 noch fortbestehenden Beschränkungen in ihrer Summe im Zeitverlauf verhältnismäßig waren beziehungsweise noch sind.

Freiburg, 18.8.2020

Gliederung:

A. Einleitung

Leitfrage 1. Wie bewerten Sie die Vorsorge- und Bekämpfungsmaßnahmen, die in Deutschland zur Corona-Bekämpfung auf staatlichen und kommunalen Ebenen ergriffen wurden?

Die staatlichen Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Epidemie hatten mit dem Lockdown unser Land in einen Ausnahmezustand versetzt – in einen Zustand, in dem viele der normalen Regeln des Zusammenlebens nicht mehr galten und verfassungsrechtlich garantierte Rechte suspendiert waren. Die Fortbewegungsfreiheit und die Freiheit der Wahl des Aufenthaltsorts sind massiv beschränkt worden. Die Ausübung der Berufsfreiheit wurde Millionen von Geschäftsleuten, Handwerkern, Gastwirten, Hoteliers, Musikern und anderen Künstlern unmöglich gemacht. Schüler und Studenten konnten ihr Recht auf Bildung nur noch sehr eingeschränkt wahrnehmen. Die Religionsfreiheit konnte nur noch zu Hause oder über die Funkmedien wahrgenommen werden. Die Versammlungsfreiheit war vollständig suspendiert. Davon war auch die Betätigungsfreiheit der politischen Parteien betroffen. Auch alle anderen Aktivitäten, die zum Corona-Schutz verboten waren, sind grundrechtlich geschützt, nämlich durch das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (allgemeine Handlungsfreiheit). Das gilt insbesondere für die Einschränkung sozialer Kontakte. Die Aufzählung der Freiheitsbeschränkungen ist nicht vollzählig. Seit Bestehen der Bundesrepublik Deutschland hat es noch nie eine derart weitgehende kollektive Einschränkung von Grundrechten gegeben. Innerhalb weniger Wochen wurde aus einem Gemeinwesen, das auf seine Freiheitlichkeit stolz ist, ein Staat, der die individuelle Freiheit einem kollektiven Ziel in einem Maße unterordnete, das man in demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnungen sonst nicht kennt.

Das bedeutet nicht, dass das alles verfassungswidrig war. Auch der freiheitliche Rechtsstaat lässt weitgehende Freiheitseinschränkungen zu, wenn das zur Bekämpfung großer Gefahren erforderlich ist. Es bedeutet aber, dass derart weitreichende Freiheitseinschränkungen nur in äußersten Ausnahmefällen in Betracht kommen und sofort aufgehoben werden müssen, sobald sie zur Gefahrenabwehr nicht mehr unbedingt erforderlich sind.

B. Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe

Ich gehe nur auf das Grundgesetz ein und lasse die Landesverfassungen außer Betracht.

I. Durch Corona-Bekämpfungsmaßnahmen tangierte Schutzgüter/Grundrechte

Alle **Gebote und Verbote**, die zur Eindämmung der Epidemie erlassen wurden, greifen **unmittelbar** in grundrechtlich geschützte Freiheiten ein. Betroffen waren insbesondere

- die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), z.B. durch Schließung von Restaurants und anderen gastronomischen Betrieben, Schließung von Theatern und anderen kulturellen Einrichtungen, Schließung von Einzelhandelsbetrieben und von sonstigen Betrieben,

- die Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) durch Gottesdienstverbote[1],
- die Freiheit der Kunst (Art. 5 Abs. 3 GG), insbesondere durch Schließung von Theatern, Opern- und Konzerthäusern oder Verbot von Ausstellungen[2],
- die Freiheit der Lehre (Art. 5 Abs. 3 GG) durch Verbot von Präsenzlehrveranstaltungen,
- die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 GG) und die Freizügigkeit (Art. 11 GG), z.B. durch Reiseverbote oder durch die in manchen Bundesländern angeordneten Ausgangssperren,
- die Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) durch Versammlungs- bzw. Ansammlungsverbote[3],
- die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG) durch für Vereine geltende Zusammenkunftsverbote,
- das Recht auf Bildung (nicht ausdrücklich im Grundgesetz garantiert, aber in Art. 13 IPWSKR und Art. 14 GRCh; kann im Grundgesetz jedenfalls auf Art. 2 Abs. 1, auch i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1, gestützt werden), insbesondere durch Schließung von Schulen und anderen Bildungseinrichtungen oder durch das Verbot, Angebote in Volkshochschulen und öffentlichen und privaten Bildungseinrichtungen im außerschulischen Bereich wahrzunehmen,[4]
- die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), z.B. durch das Verbot, Angebote in Volkshochschulen oder Musikschulen wahrzunehmen[5], durch das Verbot von Zusammenkünften in Sport- oder Freizeiteinrichtungen[6], durch das Verbot von Reisebusreisen[7], durch alle Ge- oder Verbote des sozial Distancing, die nicht Spezialgrundrechte berühren (etwa durch Abstandsgebote, durch das Verbot, sich mit mehr als einer anderen Person in der Öffentlichkeit aufzuhalten[8]), durch das Gebot, eine Mund-/Nasenbedeckung zu tragen, durch Desinfektionsgebote;
- das Erziehungsrecht der Eltern (Art. 6 Abs. 2 GG) und die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) durch die Schließung von Kindergärten und Kitas,

---

1 Z.B. Rheinland-Pfalz 4. CoBeLVO v. 17.4.2020 § 2 Satz 1 Nr. 1.

2 Z.B. Rheinland-Pfalz 4. CoBeLVO v. 17.4.2020 § 1 Abs. 1 Nr. 4, 5.

3 Z.B. Rheinland-Pfalz 4. CoBeLVO v. 17.4.2020 § 2 Satz 1 Nr.

4 Z.B. Rheinland-Pfalz 4. CoBeLVO v. 17.4.2020 § 2 Satz 1 Nr. 3.

5 Z.B. Rheinland-Pfalz 4. CoBeLVO v. 17.4.2020 § 2 Satz 1 Nr. 3.

6 Z.B. Rheinland-Pfalz 4. CoBeLVO v. 17.4.2020 § 2 Satz 1 Nr. 2.

7 Z.B. Rheinland-Pfalz 4. CoBeLVO v. 17.4.2020 § 2 Satz 1 Nr. 4.

8 Z.B. Rheinland-Pfalz 4. CoBeLVO v. 17.4.2020 § 4 Abs. 1.

- die Betätigungsfreiheit der politischen Parteien (kein Grundrecht, aber verfassungsrechtlich garantiertes Statusrecht, Art. 21 Abs. 1 GG), insbesondere durch Veranstaltungsverbote[9].
- Potentiell betroffen sein kann durch Corona-Bekämpfungsmaßnahmen auch die Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG), die beispielsweise durch totale soziale Isolierung tangiert sein könnte.

Grundrechtseingriffe sind auch **mittelbar** die Freiheit einschränkende Auswirkungen staatlicher Ge- und Verbote, jedenfalls dann, wenn diese Auswirkungen mit dem Ge- oder Verbot intendiert sind, nach überwiegender Auffassung sogar dann, wenn sie vorhersehbar waren und in Kauf genommen wurden, beispielsweise

- Einschränkungen der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) z.B. von Musikern, Schauspielern, Kabarettisten, die infolge der Schließung von Theatern usw. oder infolge von Ansammlungsverboten nicht mehr auftreten konnten; von Unternehmern, die Infolge des Verbots von Messen[10] ihre Produkte dort nicht präsentieren können; von Zulieferern, die infolge der Schließung von Restaurants und anderen Betrieben ihre Produkte nicht mehr absetzen können;
- Einschränkungen der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG), indem Künstler infolge der Schließung von Theatern usw. oder des Verbots von Ausstellungen oder der Veranstaltungs- und Versammlungsverbote die Möglichkeit verloren, vor anwesendem Publikum aufzutreten, ihre Werke zu präsentieren usw.;
- Einschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) unter vielen Aspekten: Beispielsweise schränkt die Schließung öffentlicher und privater Sportanlagen[11] die individuelle Freiheit, Sport zu treiben ein; durch Schließung von Schwimmbädern, Thermen, Saunen, Badeseen[12] oder Kinos, Freizeitparks und weiterer Angebote von Freizeitaktivitäten[13] werden die Möglichkeiten der Freizeitgestaltung eingeschränkt. Auch Shopping ist durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt und wird durch Schließung von Verkaufsstellen beschränkt. Entsprechendes gilt für die Freiheit, Bars, Clubs, Diskotheken, Restaurants, Cafés, Eisdielen usw. zu besuchen, deren Ausübung durch die Schließung der betreffenden Einrichtungen unmöglich gemacht wird. Ebenso die Ausübung kulturbezogener Aktivitäten, etwa Besuch von Konzerten, Theateraufführungen, Kunstausstellungen, Kinos usw. Die Freiheit der Kinder wird insbesondere durch die Schließung der Spielplätze[14] eingeschränkt.

Grundrechtsrelevant sind nicht nur Gebote und Verbote. Auch sogenannte „**Realakte**" (faktische staatliche Einwirkungen ohne rechtliche Regelung) können sich beeinträchtigend auf Grundrechte auswirken und ist dann an ihrem Maßstab zu messen. In Betracht

---

[9] Z.B. Rheinland-Pfalz 4. CoBeLVO v. 17.4.2020 § 3.

[10] Z.B. Rheinland-Pfalz 4. CoBeLVO v. 17.4.2020 § 1 Abs. 1 Nr. 5.

[11] Z.B. Rheinland-Pfalz 4. CoBeLVO v. 17.4.2020 § 1 Abs. 1 Nr. 7.

[12] Z.B. Rheinland-Pfalz 4. CoBeLVO v. 17.4.2020 § 1 Abs. 1 Nr. 7.

[13] Z.B. Rheinland-Pfalz 4. CoBeLVO v. 17.4.2020 § 1 Abs. 1 Nr. 5.;

[14] Z.B. Rheinland-Pfalz 4. CoBeLVO v. 17.4.2020 § 1 Abs. 1 Nr. 11.

kommt insbesondere die staatliche **Corona-Kommunikation**. Zumindest soweit sie verhaltenslenkenden Charakter hat (also auf bestimmte Wirkungen im Verhalten der Menschen abzielt), muss sie am Maßstab der Grundrechte gemessen werden. Wird durch staatliche Stellen beispielsweise von Arztbesuchen abgeraten, um Infektionsrisiken in Arztpraxen zu vermeiden, müssen daraus resultierende Gesundheitsbeeinträchtigungen (Art. 2 Abs. 2 GG) dem Staat zugerechnet werden. Wenn eine Behörde bewusst Angst erzeugt, um Menschen zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen, [15] und wenn dies bei manchen Menschen eine Angstpsychose auslöst, berührt es ebenfalls das Recht auf körperliche Unversehrtheit, das auch die psychische Gesundheit umfasst (Art. 2 Abs. 2 GG).

Die zur Eindämmung der Corona-Pandemie ergriffenen Maßnahmen können im übrigen unerwünschte Nebenwirkungen haben und zu **nicht beabsichtigten Schäden (Kollateralschäden)** führen. Ob die Verursachung von Kollateralschäden in jedem Fall, in dem ein grundrechtlich geschütztes Rechtsgut betroffen ist, als Grundrechtsbeeinträchtigung gewertet werden kann, soll hier offenbleiben. Wichtig ist, dass Kollateralschäden jedenfalls bei der Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung berücksichtigt werden müssen. In Betracht kommen beispielsweise Schäden für

- Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 GG) durch
  - die Zunahme häuslicher Gewalt gegen Kinder und Frauen
  - Zunahme von Depression infolge sozialer Isolation
  - Zunahme von Suiziden, beispielsweise infolge von Arbeitslosigkeit oder Insolvenz
  - gesundheitliche Beeinträchtigungen infolge von Bewegungsmangel
  - Unterbindung der Möglichkeit, Immunität gegen Covid-19 zu erwerben
  - Verhinderung der Herausbildung einer Herdenimmunität oder jedenfalls einer Immunität eines großen Teils der Bevölkerung
  - Unterlassung von Operationen und stationären Behandlungen, weil Krankenhausbetten für Coronapatienten reserviert wurden
  - Unterlassung von Operationen, stationären Behandlungen, Arztbesuchen, weil Patienten Infizierung mit Covid-19 befürchten
  - Gesundheitsschäden infolge langen Maskentragens
- ökonomische Einbußen durch Verlust oder Verminderung von Erwerbsmöglichkeiten (Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG)

---

[15] So propagiert das im Auftrag und unter Mitwirkung des BMI erarbeitete Papier „Wie wir COVID-19 unter Kontrolle bekommen", S. 1 f., die Argumentation mit dem „worst case" und der Annahme von 1 Million Covid-19-Toten allein in Deutschland, „um die gesellschaftlichen Durchhaltekräfte zu mobilisieren". „Devise: «es kommt etwas sehr Bedrohliches auf uns zu, wir haben die Gefahr aber erkannt und handeln entschieden und überlegt. Wir brauchen ein Zusammenkommen und Wirken von allen Kräften in der Gesellschaft. Dann werden wir die Gefahr noch abwenden».""„Um die gewünschte Schockwirkung zu erzielen", wollen die Autoren des Papiers die „Urangst" jedes Menschen vor dem Ersticken mobilisieren, indem sie ankündigen, viele Schwerkranke würden vom Krankenhaus abgewiesen und müssten „qualvoll um Luft ringend zu Hause" sterben, S. 13, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2020/corona/szenarienpapier-covid-19.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (abgerufen am 14.8.2020).

   - Einnahmenausfälle der betroffenen Unternehmer und Freiberufler
   - Lohn- und Gehaltskürzungen bei Kurzarbeit
   - Arbeitslosigkeit

- Einbußen von Entwicklungsmöglichkeiten der Kinder (Art. 2 Abs. 1 GG)
- Einbußen an Lebensfreude durch Beschränkung von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten, vor allem auch durch soziale Isolierung insbesondere alter Menschen in Alters- oder Pflegeheimen, die keine Verwandtenbesuche empfangen durften (Art. 2 Abs. 1 GG

Die Aufzählung der möglichen Grundrechtsbeeinträchtigungen und Kollateralschäden ist nicht abschließend.

Nicht nur staatliche Handlungen, sondern auch **Unterlassungen** können grundrechtlich relevant sein. Dies ist dann der Fall, wenn eine grundrechtlich begründete Handlungspflicht besteht (grundrechtliche **Schutzpflicht**). Der Staat verstößt gegen das betreffende Grundrecht, wenn sich aus diesem eine Schutzpflicht ergibt und der Staat entgegen dieser Handlungspflicht untätig bleibt oder nur unzureichend tätig wird. Im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie kommt die sich aus Art. 2 Abs. 2 GG ergebende Pflicht zum Schutz von Leben und Gesundheit in Betracht. Allerdings schützen die grundrechtlichen Schutzpflichten gegen Eingriffe Dritter (im Unterschied zu staatlichen Eingriffen), also gegen durch Menschen verursachte Schutzgutverletzungen. Eine Pflicht zum Schutz gegen Naturkatastrophen oder Epidemien ergibt sich nicht unmittelbar aus den Freiheitsrechten, hier jedoch meines Erachtens aus Art. 2 Abs. 2 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG). Die Schutzpflicht könnte etwa verletzt sein, wenn der Staat nicht rechtzeitig gehandelt hat und durch frühzeitige Maßnahmen eine Verbreitung der Epidemie hätte verhindern können.

Als weiterer Maßstab zur Beurteilung von Corona-Bekämpfungsmaßnahmen kommt der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) in Betracht. Nach dieser Vorschrift bedürfen Ungleichbehandlungen der Rechtfertigung durch einen sachlichen Grund. Die Rechtsprechung entnimmt ihr darüber hinaus ein allgemeines Willkürverbot.

II. Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen beziehungsweise Grundrechtsbeeinträchtigungen

Wenn Corona-Bekämpfungsmaßnahmen in Grundrechte eingreifen beziehungsweise grundrechtliche Schutzgüter beeinträchtigen, sind sie nicht schon aus diesem Grunde verfassungswidrig. Alle Grundrechte sind (mit Ausnahme der nach herrschender Meinung nicht einschränkbaren Menschenwürdegarantie) einschränkbar. Grundrechtseingriffe beziehungsweise Grundrechtsbeeinträchtigungen sind aber rechtfertigungsbedürftig.

Die Rechtfertigung setzt in jedem Fall voraus, dass die Einschränkung der Freiheit durch Gesetz erfolgt oder dass für die Einschränkung oder den Eingriff eine – hinreichend bestimmt formulierte – gesetzliche Ermächtigungsgrundlage vorhanden ist. Außerdem müssen alle Grundrechtseinschränkungen, -eingriffe und -beeinträchtigungen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen.

Ob darüber hinaus weitere verfassungsrechtliche Rechtfertigungsanforderungen bestehen, hängt von den betroffenen Grundrechten ab. Während einige Grundrechte unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt stehen, sind Eingriffe in andere Grundrechte nur zulässig, wenn besondere – in dem jeweiligen Grundrecht formulierte – Anforderungen erfüllt sind (qualifizierter Gesetzesvorbehalt). Und es gibt Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt. Die in diesen Grundrechten geschützte Freiheit darf nur eingeschränkt werden, wenn dies zum Schutz eines anderen verfassungsrechtlichen Schutzguts erforderlich ist (verfassungsimmanente Schranken). Auf diese Differenzierung muss im folgenden aber nicht näher eingegangen werden, denn die besonderen Einschränkungsvoraussetzungen der hier betroffenen Grundrechte sind hier erfüllt. Das einzige betroffene Grundrecht mit qualifiziertem Gesetzesvorbehalt ist die Freizügigkeit (Art. 11 GG). Die Freizügigkeit darf u.a. beschränkt werden, wenn dies zur Bekämpfung von Seuchengefahr erforderlich ist. Die Covid-19-Pandemie ist eine Seuche im Sinne dieser Vorschrift. Betroffene Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt, die nur aufgrund verfassungsimmanenter Schranken eingeschränkt werden dürfen, sind die Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG), die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG), die Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre (Art. 5 Abs. 3 GG) und die Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG[16]). Covid-19-Bekämpfungsmaßnahmen dienen aber dem Schutz von Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 GG), also dem Schutz verfassungsrechtlicher Schutzgüter, die als verfassungsimmanente Schranken Eingriffe in diese Grundrechte prinzipiell rechtfertigen können.

Ob die erstgenannte Rechtfertigungsvoraussetzung – eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage – hier gegeben ist, ist umstritten. Die Corona-Verordnungen der Länder, die den Lockdown angeordnet haben, sind auf § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG gestützt. Problematisch ist, dass auf diese Vorschriften Freiheitseinschränkungen gestützt werden, die ganz überwiegend Menschen betreffen, die weder „Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider“ sind. Es spricht einiges dafür, dass die Voraussetzungen, unter denen die Freiheit von nicht kranken oder ansteckungsverdächtigen Menschen eingeschränkt werden darf, besonders gesetzlich geregelt werden müssen. Dieser Problematik soll hier aber nicht weiter nachgegangen werden.

Abgesehen vom Problem der Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage kommt es für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Corona-Bekämpfungsmaßnahmen entscheidend auf die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes an.

Eine freiheitseinschränkende Maßnahme ist verhältnismäßig, wenn sie zur Erreichung eines verfassungsmäßigen Gemeinwohlziels

1. geeignet und
2. erforderlich ist
3. und wenn die Freiheitseinschränkung in Relation zu diesem Ziel nicht unangemessen ist. Umfang und Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigungen dürfen nicht deutlich schwerer wiegen als der Gemeinwohlvorteil, der mit der Maßnahme erreicht werden soll (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne).

Bei Maßnahmen mit Dauerwirkung reicht es nicht aus, dass die Verhältnismäßigkeit bei Beginn der Maßnahme gegeben ist. Freiheitseinschränkungen müssen beendet werden, sobald ihre Verhältnismäßigkeit nachträglich entfällt. Bei Corona-Bekämpfungsmaßnahmen kann dies der Fall sein,

- wenn die epidemische Lage sich geändert hat,

---

[16] Für Versammlungen in geschlossenen Räumen; für Versammlungen unter freiem Himmel gilt nach Abs. 2 ein einfacher Gesetzesvorbehalt.

- wenn es neue Erkenntnisse über Gefährlichkeit, Übertragungswege usw. gibt,
- wenn wegen der Dauer der Freiheitseinschränkungen deren Gewicht größer als das Gewicht des Gesundheitsschutzes wird.

Im folgenden werde ich die Kriterien des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zunächst allgemein erläutern (III.) und danach auf Probleme eingehen, die sich bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf die Corona-Bekämpfungsmaßnahmen gezeigt haben (C.).

III. Die Kriterien des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Lichte der Corona-Krise

1. Zum legitimen Gemeinwohlziel

Der Schutz von Leben und Gesundheit gegen die Bedrohung durch Covid-19 ist zweifellos ein legitimes Gemeinwohlziel, das anzustreben prinzipiell Freiheitseinschränkungen rechtfertigen kann.

Um den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz richtig anwenden zu können und um sicherzustellen, dass künftige Maßnahmen diesem Grundsatz entsprechen, ist es allerdings wichtig, das Ziel zu präzisieren. Die staatliche Stelle, die freiheitseinschränkende Maßnahmen ergreift, muss das Ziel, das damit erreicht werden soll, so präzis wie möglich beschreiben. Denn nur so kann sinnvoll beurteilt werden, ob eine Maßnahme erforderlich ist und nur so kann sinnvoll mit den negativen Folgen abgewogen werden.

Beispiel:

Als im März weitgehende Beschränkungen erlassen wurden, gaben das Robert-Koch-Institut (RKI) und Politiker, insbesondere Bundeskanzlerin Merkel, als Ziel an, eine Überlastung des Gesundheitssystems zu vermeiden (insbesondere die Kapazität der Intensivbetten und Beatmungsgeräte nicht auszuschöpfen, damit es nicht zu Triage-Situationen komme). Deshalb gehe es darum, die Kurve der Neuinfektionen abzuflachen. Ziel war es demnach nicht, die Gesamtzahl der Corona-Infektionen zu vermindern, sondern die Zahl im Zeitverlauf zu strecken, so dass eine optimale ärztliche Versorgung gewährleistet blieb.

Später argumentierten Politiker und Journalisten häufig so, als sei das Ziel, die Zahl der „Corona-Toten“ so gering wie möglich zu halten.

Manche scheinen SARS-CoV-2 ganz und gar ausrotten zu wollen, so dass es zu überhaupt keiner Corona-Infektion mehr kommen könnte.

Das sind sehr unterschiedliche Ziele, die jeweils eine unterschiedliche Verhältnismäßigkeitsprüfung nötig machen. Die handelnden Politiker müssen also klar sagen, was sie mit ihren Maßnahmen konkret erreichen wollen.

Es ist nicht ausgeschlossen, verschiedene Ziele parallel anzustreben. So könnte man vordringlich das erstgenannte Ziel („flatten the curve“) anstreben und zugleich auf das zweitgenannte Ziel (möglichst wenig Todesfälle und schwere Verläufe) hinwirken. Die Maßnahmen müssen dann aber in bezug auf beide Ziele gerechtfertigt werden. Zumindest eines der Ziele muss im Beurteilungszeitpunkt die Rechtfertigung tragen.

2. Zum Gegenstand der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung kann und muss sich auf den Lockdown im ganzen beziehen, aber auch auf jede einzelne Maßnahme, die zur Eindämmung der Pandemie ergriffen wurde. Hinsichtlich des Corona-Lockdown ist also eine „große" – die Gesamtheit der Maßnahmen umfassende – Verhältnismäßigkeitsprüfung notwendig, außerdem aber auch viele „kleine" – auf jede einzelne Maßnahme bezogene – Verhältnismäßigkeitsprüfungen.

3. Zur Geeignetheit und Erforderlichkeit

Eine Maßnahme ist zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet, wenn sie die Zielerreichung fördert. Es reicht schon aus, wenn man dem Ziel ein wenig näherkommt.

Erforderlich ist eine Maßnahme dann, wenn es kein die Freiheit beziehungsweise die betroffenen Schutzgüter weniger beeinträchtigendes Mittel gibt, mit dem der gleiche (oder ein noch besserer) Erfolg erzielt werden kann.

Im Hinblick auf Geeignetheit und Erforderlichkeit räumt die Rechtsprechung den verantwortlichen Politikern einen Einschätzungsspielraum ein.

4. Zur Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Die Corona-Bekämpfungsmaßnahmen dienen dem Schutz von Leben und Gesundheit. Das Gemeinwohlziel, dem die Freiheitseinschränkungen dienen, ist also der Schutz von Individualrechtsgütern einer unbestimmten Vielzahl von Personen, während mit den Schutzmaßnahmen die Freiheit einer unbestimmten Vielzahl von Personen unter vielfachen Aspekten eingeschränkt beziehungsweise ihre Individualrechtsgüter beeinträchtigt werden. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (i.e.S.) verlangt deshalb eine Güterabwägung zwischen den auf beiden Seiten betroffenen grundrechtlichen Schutzgütern.

Diese Güterabwägung setzt voraus, dass die befürchteten Beeinträchtigungen von Leben und Gesundheit einerseits und die zu ihrer Abwehr vorgenommenen Freiheitseinschränkungen und ihre Folgewirkungen andererseits möglichst exakt beschrieben und gewichtet werden. Erst danach ist eine Abwägung möglich.

Diese Güterabwägung ist nicht auf abstrakter Ebene möglich. In der Corona-Diskussion hört man immer wieder die Ansicht, das Leben sei das „höchste" Rechtsgut und deshalb seien alle Freiheitseinschränkungen gerechtfertigt, wenn es um den Schutz des Lebens geht. So kann man aber verfassungsrechtlich nicht argumentieren. Bei der Güterabwägung kommt es immer auf Umfang und Intensität der jeweiligen Betroffenheit an, niemals allein auf die Gegenüberstellung abstrakter Rechtsgüter.

Zwischen den grundrechtlichen Schutzgütern gibt es keine abstrakte Rangordnung, abgesehen davon, dass die Menschenwürdegarantie unabänderlich ist und dass der Schutz der Menschenwürde nach der Rechtsprechung absolut gilt und Beeinträchtigungen nicht gerechtfertigt werden können.

Freilich nimmt das Leben unter den grundrechtlichen Schutzgütern eine Sonderstellung ein: Das Leben ist das fundamentalste Schutzgut. Es ist die Voraussetzung für die Wahrnehmung aller Freiheitsrechte und muss deshalb im Vergleich zu den anderen Grundrechten besonders intensiv geschützt werden.

Beim Schutz gegen SARS-CoV-2 geht es aber nicht um die Abwehr des ohne Abwehrmaßnahmen mit Sicherheit drohenden Todes. Es geht vielmehr um die Abwehr von Risiken für Leben und Gesundheit. Auch vor Risiken für diese Rechtsgüter schützt Art. 2 Abs. 2 GG. Aber einem Risiko für das Leben ausgesetzt zu sein, ist eine viel geringere Beeinträchtigung als die Vernichtung des Lebens.

Auch bezüglich des Rechts auf Leben gibt es also sehr unterschiedliche Beeinträchtigungsintensitäten – von der Tötung, also der Vernichtung des Schutzguts, über die akute Gefährdung des Lebens bis zu minimalen Risiken. Wie groß ein Risiko für das individuelle Leben ist, hängt von der Wahrscheinlichkeit ab, mit der das Risiko sich realisiert. Lebensrisiken können so groß sein, dass der Staat in einer konkreten Situation zum Ergreifen von Schutzmaßnahmen verpflichtet ist – zumindest, sofern nicht andere Schutzgüter, denen in der Abwägung konkret der Vorrang eingeräumt werden kann oder muss, entgegenstehen. Risiken dieser Größenordnung werden juristisch als „Gefahren“ bezeichnet. Risiken für das Leben können aber auch weit unterhalb der Gefahrenschwelle liegen. Wir leben mit vielen Lebensrisiken und denken gar nicht darüber nach. Menschliches Leben ist ohne Risiken gar nicht möglich.

Daraus folgt, dass im Hinblick auf Covid-19 zunächst die Größe des Risikos ermittelt werden muss. Die Größe des Individualrisikos ergibt sich allein aus der Wahrscheinlichkeit, an Covid-19 zu sterben. Die Größe des Kollektivrisikos ergibt sich aus der Wahrscheinlichkeit bezogen auf die Zahl der Opfer. Eine große Wahrscheinlichkeit einer kleinen Zahl von Opfern kann in der Abwägung gleiches Gewicht haben wie eine sehr viel kleinere Wahrscheinlichkeit einer sehr viel größeren Zahl von Opfern.

Die Quantifizierung des Risikos ist nicht einfach, und sie ist vor allem zu Beginn einer Epidemie, wenn der Kenntnisstand noch gering ist, mit großen Unsicherheiten behaftet. Das ist unvermeidlich, und entsprechend groß müssen die Einschätzungs- und Prognosespielräume der verantwortlichen Staatsorgane sein, die unter Zeitdruck zu entscheiden haben. Wichtig ist dann aber, dass mit dem Anwachsen der verfügbaren Datengrundlage die Prognosen und Risikoeinschätzungen ständig angepasst und präzisiert werden.

Und wichtig ist vor allem, dass in der Abwägung nicht eine Vielzahl von potentiellen Corona-Toten gegen die ergriffenen Freiheitseinschränkungen steht, sondern diesen Freiheitseinschränkungen steht das *Risiko* gegenüber, dass es zu Corona-Toten käme, wenn die Maßnahmen nicht ergriffen würden. Genauer gesagt besteht der Gemeinwohlvorteil, der gegen die aus den Freiheitseinschränkungen resultierenden Nachteile abzuwägen ist, in der Minderung dieses Risikos. Der Umfang der Risikominderung müsste als Grundlage der Güterabwägung ermittelt – also möglichst genau abgeschätzt – werden.

Dies wird in der Corona-Diskussion ständig übersehen. Man diskutiert, als sei jeder Mensch unmittelbar vom Tode bedroht und als ob es also um die Abwehr einer epochalen Katastrophe gehe. Dabei geht es „nur“ um die Minderung von Risiken, und ob staatliche Abwehrmaßnahmen gerechtfertigt oder gar geboten sind, hängt von der konkreten Größe dieser Risiken ab.

Die Güterabwägung begegnet besonderen Schwierigkeiten, wenn inkommensurable Güter abgewogen werden sollen. Die Abwägung ist einfach, wenn es um die Vermeidung eines materiellen Schadens durch Maßnahmen geht, die ihrerseits zu materiellen Schäden oder zu Vermögenseinbußen führen. Dann muss man nur die jeweiligen Kosten einander gegenüberstellen. Aber Lebens- und Gesundheitsrisiken und Gewinn- oder

Gehaltseinbußen, Arbeitsplatzverlust, Verlust der Möglichkeit, an kulturellen Veranstaltungen teilzunehmen, Verlust von Bildungsmöglichkeiten usw. lassen sich nicht auf eine quantitative Skala bringen, die eine rationale Abwägung ermöglicht. Es gibt zwar Versuche, Kosten-Nutzen-Analysen auch im Hinblick auf derart unterschiedliche betroffene Güter durchzuführen, indem man alle Beeinträchtigungen in Währungseinheiten umrechnet. Aber alle solche Berechnungen führen nur zu Scheinrationalität. [17]

Wenn man die Lebensrisiken gewichten und bewerten will, um deren Minderung es bei Corona-Bekämpfungsmaßnahmen geht, liegt es nahe, sie mit Lebensrisiken zu vergleichen, die wir hinzunehmen gewohnt sind, ohne dass der Staat Schutzmaßnahmen ergreift. So schwerwiegende, umfangreiche und flächendeckende Freiheitseinschränkungen wie sie beim Corona-Lockdown Ende März 2020 ergriffen wurden, lassen sich jedenfalls nur dann rechtfertigen, wenn die abzuwendenden Risiken sehr viel größer sind als allgemeine Risiken, von denen man überhaupt kein Aufhebens macht und die bisher noch nie zu vergleichbaren Schutzmaßnahmen geführt haben.

C. Probleme der Verhältnismäßigkeit des Corona-Lockdown

Am 22. März 2020 haben die Bundeskanzlerin und die Regierungschefs der Länder einen weitreichenden Lockdown beschlossen,[18] der sofort danach durch Rechtsverordnungen der Länder verbindlich gemacht wurde. Gastronomische Betriebe, Kultur- und Freizeiteinrichtungen, Sportanlagen, Dienstleistungsbetriebe im Bereich der Körperpflege, Fahrschulen, Verkaufsstellen des Einzelhandels (mit einigen Ausnahmen, insbesondere für Lebensmittel) sowie Spielplätze wurden geschlossen.[19] Der Betrieb von Hotels und Beherbergungseinrichtungen und jede sonstige Zurverfügungstellung von Unterkünften zu touristischen Zwecken wurde verboten.[20] Gottesdienste und andere Zusammenkünfte von Religions- und Glaubensgemeinschaften, Zusammenkünfte in Vereinen und in Sport- und Freizeiteinrichtungen, die Wahrnehmung von Bildungsangeboten und Musikunterricht im außerschulischen Bereich sowie Reisebusreisen wurden verboten.[21] Die Durchführung von Veranstaltungen jeglicher Art wurde untersagt.[22] Der Aufenthalt im öffentlichen Raum wurde nur noch alleine oder mit einer weiteren nicht im Haushalt lebenden Person und im Kreis der Angehörigen des eigenen Hausstands gestattet. Jede übrige Ansammlung (mit wenigen Ausnahmen) wurde grundsätzlich verboten. Ansammlungen aus geschäftlichen, beruflichen oder dienstlichen Anlässen, bei denen Personen unmittelbar zusammenarbeiten müssen, sowie z.B. im öffentlichen Personennahverkehr blieben

---

17 Vgl. *Dietrich Murswiek*, Umweltrisiken im amerikanischen Recht: Höhere Rationalität der Standardsetzung durch Kosten-Nutzen-Analyse?, in: Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2003, S. 127 (158-184).

18 https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/besprechung-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-1733248 (abgerufen am 9.8.2020).

19 Z.B. Dritte Corona-Bekämpfungsverordnung Rheinland-Pfalz (3. CoBeLVO) v. 23.3.2020 § 1 Abs. 1 und 2.

20 Z.B. Rheinland-Pfalz 3. CoBeLVO § 1 Abs. 6.

21 Z.B. Rheinland-Pfalz 3. CoBeLVO § 2.

22 Z.B. Rheinland-Pfalz 3. CoBeLVO § 3.

zulässig.[23] Verboten war nach dieser Regelung beispielsweise die gemeinsame Bürotätigkeit mehrerer Personen in einem Raum. Alle regulären Schulveranstaltungen, insbesondere der Unterricht, entfielen, ebenso die regulären Betreuungsangebote an Kindertageseinrichtungen.[24] Für Krankenhäuser, Pflege- und Behinderteneinrichtungen gab es weitgehende Besuchsbeschränkungen.[25]

Der Lockdown führte zu schwerwiegenden Beeinträchtigungen der Wirtschaftstätigkeit in Deutschland, zumal auch Unternehmen und Freiberuflicher, die nicht unmittelbar von den Verboten betroffen waren, ihre Umsätze großenteils oder sogar vollständig verloren.

Der am 23. März 2020 beginnende Lockdown wurde aufgrund eines Beschlusses vom 15. April 2020[26] mit wenigen Lockerungen verlängert. Weitergehende Lockerungen wurden mit Beschluss vom 30. April 2020[27] in das Ermessen der Länder gestellt.

Welche Grundrechte durch den Lockdown tatbestandlich betroffen waren, wurde oben (B.I.) bereits dargelegt. Im folgenden gehe ich auf Probleme der Verhältnismäßigkeit des Lockdown insgesamt, also der Gesamtheit der zur Corona-Eindämmung erlassenen Ge- und Verbote, ein. Die Verhältnismäßigkeit einzelner Maßnahmen wird dann im Abschnitt D. erörtert.

I. Das Ziel des Lockdown

In ihrem Lockdown-Beschluss vom 22.3.2020 geben Bundeskanzlerin und Regierungschefs als Ziel ihres Beschlusses an: „Wir müssen alles dafür tun, um einen unkontrollierten Anstieg der Fallzahlen zu verhindern und unser Gesundheitssystem leistungsfähig zu halten. Dafür ist die Reduzierung von Kontakten entscheidend.“

Es ging also darum, die Kontrolle über die Entwicklung der Epidemie zu behalten und eine Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern. Ziel war also nicht, jede Infektion zu verhindern – das wäre ohnehin unmöglich gewesen. Ziel war demnach auch nicht, jeden durch SARS-CoV-2 verursachten Todesfall zu verhindern. Sondern es sollte verhindert werden, dass die Intensivstationen überfüllt würden, dass Patienten nicht mehr die optimale Versorgung bekommen könnten und dass es sogar zu Triage-Situationen kommen könnte. Die Sorge war insbesondere, dass nicht genügend Beatmungsgeräte zur Verfügung stünden.

Es ging also nicht darum, die Ausbreitung des Virus – die als unvermeidlich angesehen wurde – zu verhindern, sondern zu verlangsamen, die Ausbreitungskurve abzuflachen („flatten the curve“) und Zeit zu gewinnen, um ständig hinreichende Krankenhauskapazitäten zur Verfügung zu haben und zusätzliche Kapazitäten zu schaffen und die

---

[23] Z.B. Rheinland-Pfalz 3. CoBeLVO § 4.

[24] Z.B. Rheinland-Pfalz 3. CoBeLVO § 5.

[25] Z.B. Rheinland-Pfalz 3. CoBeLVO § 7.

[26] Telefonschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 15.4.2020, https://www.bundesregierung.de/resource/blob/973812/1744226/bcf47533c99dc84216eded8772e803d4/2020-04-15-beschluss-bund-laender-data.pdf?download=1 (abgerufen am 10.8.2020).

[27] Telefonschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 30.4. 2020, https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/telefonschaltkonferenz-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-am-30-april-2020-1749798 (abgerufen am 10.8.2020).

Schutzmöglichkeiten zu verbessern (durch Beschaffung zusätzlicher Beatmungsgeräte, von Schutzkleidung, Masken usw.). Bundeskanzlerin Merkel ging ausdrücklich davon aus, dass es wahrscheinlich unvermeidlich sei, dass sich 60-70 % der Bevölkerung infizieren werden. Dennoch sei es nicht egal, was jetzt unternommen werde. „Es geht um das Gewinnen von Zeit“, erläuterte Merkel. Das Vorgehen in Deutschland sei davon bestimmt, dass unser Gesundheitssystem nicht überlastet werde. Das könne man erreichen, indem man die Ausbreitung des Virus verlangsamt.[28]

Das Ziel, die Überlastung des Gesundheitssystems zu vermeiden und auf diese Weise eine optimale Behandlung der Covid-19-Patienten zu gewährleisten, ist zweifellos ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel. Auf dieses Ziel muss sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung beziehen.

Mittel zur Erreichung dieses Ziels sollten die unter dem Stichwort „Lockdown“ zusammengefassten Maßnahmen sein, mit denen die Kontakte unter den Menschen reduziert werden sollten.

II. Geeignetheit

Die Geeignetheit des Lockdown zur Reduzierung der Kontakte und damit der Infektionsmöglichkeiten und somit zur Abflachung der Infektionskurve erscheint als unproblematisch.

III. Erforderlichkeit

Erforderlich war der Lockdown, wenn ohne die getroffenen Maßnahmen das Gesundheitssystem wahrscheinlich überlastet worden wäre, also insbesondere nicht genügend Intensivbetten zur Behandlung der Covid-19-Patienten zur Verfügung gestanden hätten.

Ob diese Voraussetzung erfüllt war, ist umstritten. Die Regierungschefs von Bund und Ländern haben am 22. März diese Voraussetzung implizit bejaht, indem sie auf die „rasante Verbreitung des Coronavirus (SARS-CoV-2) in den vergangenen Tagen in Deutschland“ hinwiesen und damit den Lockdown zur Erhaltung des Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems begründeten.

Kritiker halten dem entgegen, dass keine Gefahr einer Überlastung des Gesundheitssystems bestanden habe.

Welche Auffassung zutrifft, hängt von verschiedenen tatsächlichen Umständen ab, insbesondere davon,

- welche freien Kapazitäten an Intensivbetten und an Beatmungsgeräten es gab,
- wie das Virus sich ausbreitete
- und mit wievielen Intensivpatienten beziehungsweise beatmungsbedürftigen Patienten daher zu rechnen war.

---

28 Bundeskanzlerin Merkel, Erklärung vom 11.3.2020, https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/merkel-zu-corona-1729780 (abgerufen am 9.8.2020).

1. Die Auslastung der Intensivstationen

Fakt ist, dass seit Beginn der Corona-Krise das deutsche Gesundheitssystem – gemessen an der Auslastung der Intensivstationen – zu keinem Zeitpunkt überlastet war, sondern stets weit von einer Auslastung entfernt war.[29] Rückschlüsse von Italien, Spanien oder New York auf Deutschland, wie sie in den Medien häufig gezogen wurden, sind unsinnig, weil das deutsche Gesundheitssystem wesentlich besser ist. Es standen vom Beginn des Lockdown Ende März bis Anfang August immer mehr als 20.000 Intensivbetten zur Verfügung, während des größten Zeitraums mehr als 30.000. Davon waren zu keinem Zeitpunkt 5.000 Betten mit Corona-Patienten belegt; seit Ende April sind es weniger als 2.500, und inzwischen sind es weit unter 1.000,[30] zur Zeit nur noch 227.[31]

Zur dieser großen Überkapazität hatte der Beschluss der Bundeskanzlerin und der Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder vom 12. März[32] beigetragen. In diesem Beschluss hieß es:

> II. Mit dem Ziel, dass sich die Krankenhäuser in Deutschland auf den erwartbar steigenden Bedarf an Intensiv- und Beatmungskapazitäten zur Behandlung von Patienten mit schweren Atemwegserkrankungen durch Covid-19 konzentrieren, sollen, soweit medizinisch vertretbar, grundsätzlich alle planbaren Aufnahmen, Operationen und Eingriffe in allen Krankenhäusern ab Montag auf unbestimmte Zeit verschoben und ausgesetzt werden. Die Bundesregierung stellt durch gesetzliche Maßnahmen zügig sicher, dass die dadurch entstehenden wirtschaftlichen Folgen für die Krankenhäuser seitens der gesetzlichen Krankenkassen ausgeglichen werden und kein Krankenhaus dadurch ins Defizit kommt. Im Gegenzug gibt es zusätzlich einen Bonus, für jedes Intensivbett, das zusätzlich provisorisch geschaffen und vorgehalten wird.
>
> III. Bund und Länder fordern die Krankenhäuser auf, jetzt den Einsatz der Ärztinnen und Ärzte, des Pflegepersonals und des weiteren Personals, das notwendig ist, um intensivpflichtige Menschen zu behandeln, so zu planen und zu erhöhen, dass die Durchhaltefähigkeit der Intensiv- und Beatmungsbetten in ihren Kliniken gestärkt wird.

2. Wäre es ohne Lockdown zu einer Überlastung des Gesundheitssystems gekommen?

Wenn somit die angemessene Versorgung aller Covid-19-Patienten in Deutschland in jedem Zeitpunkt gewährleistet war, heißt dies nicht zwingend, dass der Lockdown nicht zu rechtfertigen war. Gerechtfertigt wäre der Lockdown unter dem Aspekt der Erforderlichkeit jedenfalls dann, wenn sich zeigen ließe, dass es ohne den Lockdown zu einer Überlastung des Gesundheitssystems gekommen wäre.

---

29 Vgl. https://docs.google.com/presentation/d/1M-tZ2rxnxv8vCMmX5NwuxeYnNBdfg3lOdZ3Z-rTWluQ/present#slide=id.p9 und https://docs.google.com/presentation/d/1M-tZ2rxnxv8vCMmX5NwuxeYnNBdfg3lOdZ3Z-rTWluQ/present#slide=id.g74a92eef9f_8_0 (abgerufen am 10.8.2020).

30 S.o. Fn. 29.

31 Stand: 18.8.2020, https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1108578/umfrage/intensivmedizinische-versorgung-von-corona-patienten-covid-19-in-deutschland/ (abgerufen am 18.8.2020).

32 Besprechung der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 12. März 2020, https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/beschluss-zu-corona-1730292 (abgerufen am 9.8.2020).

Gegen einen solchen Verlauf der Epidemie spricht aber, dass nach den Zahlen des RKI die Epidemie ihren Höhepunkt bereits in der ersten Märzhälfte erreicht hatte. Die Reproduktionszahl, die um den 10. März noch über 3 betragen hatte, war zu Beginn des Lockdown am 23. März bereits unter 1,0 gesunken.[33] Die Bundesregierung hatte als Ziel ihrer Corona-Bekämpfungsmaßnahmen angegeben, den R-Wert auf unter 1,0 zu senken. Das klingt vernünftig, weil bei einem R-Wert unter 1 eine exponentielle Ausbreitung der Epidemie nicht zu befürchten ist.

Wenn also ohne den Lockdown der R-Wert stabil unter 1 war, war der Lockdown zur Vermeidung einer Überlastung des Gesundheitssystems nicht erforderlich.

3. Rechtfertigt die Prognose am 22. März 2020 den Lockdown?

a) Bestand die Gefahr einer Überlastung des Gesundheitssystems?

Die Kurve der R-Wert-Entwicklung, aus der sich ergibt, dass bei Beginn des Lockdown der R-Wert schon unter 1,0 lag, wurde am 15. April veröffentlicht. Den Politikern, die am 22. März über den Lockdown entschieden, war diese Kurve also nicht bekannt. Das wird damit erklärt, dass der R-Wert immer nur ex post berechnet (geschätzt) werden könne.

Somit mussten am 22. März die Bundeskanzlerin und die Ministerpräsidenten auf der Basis von Daten entscheiden, die nicht mehr den tatsächlichen Epidemieverlauf widerspiegelten.

Auch die Zahl der Neuerkrankungen war am 22. März nach den Berechnungen des RKI schon rückläufig.[34] Auch das war den Politikern aber noch nicht bekannt, denn die Neuinfektionen wurden von den Ärzten über die Gesundheitsämter mit einer Verzögerung von etwa 8 Tagen an das RKI gemeldet.[35]

Für die verfassungsrechtliche Beurteilung einer Maßnahme kommt es auf den Zeitpunkt an, in dem die Maßnahme getroffen wurde. Entscheidend ist also der mögliche Kenntnisstand am 22. März.

Wenn somit am 22. März von einem weiteren Anstieg des R-Wertes ausgegangen werden konnte oder jedenfalls das Absinken des R-Wertes unter 1 noch nicht bekannt war, musste mit einer exponentiellen Ausbreitung der Covid-19-Erkrankungen und somit auch der schweren, eine Intensivbehandlung erfordernden Verläufe gerechnet werden. Dann war zu diesem Zeitpunkt eine Überlastung des Gesundheitssystems nicht ausgeschlossen, sondern sie hatte eine – wenn auch unbestimmte – Wahrscheinlichkeit für sich.

Die Rechtsprechung wird daher die Erforderlichkeit des Lockdown für diesen Zeitpunkt wohl bejahen – es sei denn, dass aus anderen Faktoren schon damals gefolgert werden konnte, dass eine Überlastung des Gesundheitssystems äußerst unwahrscheinlich war.

---

[33] Epidemiologisches Bulletin 17/2020, Online vorab: 15.4.2020, S. 14.

[34] Sie hatte ihren Höhepunkt am 16. März und ist seither (mit Schwankungen) rückläufig, Epidemiologisches Bulletin 17/2020, Online vorab: 15.4.2020, S. 12 Abb. 2; RKI, Täglicher Lagebericht 12.8.2020, S. 4 Abb. 3, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/2020-08-12-de.pdf?__blob=publicationFile (abgerufen am 17.8.2020).

[35] Epidemiologisches Bulletin 17/2020, Online vorab: 15.4.2020, S. 11.

Die Dramatik des Infektionsgeschehens wurde in den Medien anhand der bis Ende März steil ansteigenden Zahl von „Neuinfektionen“ – gemeint sind die positiv Getesteten – dargestellt. Diese Zahl ist aber ohne Aussagewert, weil mit der Zunahme der Tests natürlich die Zahl der positiven Ergebnisse steigt. In Relation zur Zahl der getesteten Personen sind die positiven Ergebnisse aber im Zeitraum vom 10. Februar bis Ende März nicht dramatisch und jedenfalls nicht exponentiell angestiegen und dann ab Anfang April zurückgegangen.[36] Obwohl diese Zahlen eher dagegen sprechen, dass eine Überbelegung der Intensivstationen zu befürchten war, war diese Befürchtung angesichts der im Zeitpunkt der Entscheidung für den Lockdown (22. März) noch ansteigenden Zahlen wohl nicht völlig aus der Luft gegriffen. Angesichts der unsicheren Erkenntnisgrundlagen wird die Rechtsprechung deshalb wohl die Erforderlichkeit von Maßnahmen, die der Verhinderung einer Überlastung des Gesundheitssystems dienten, bejahen.

Allerdings stellt sich die Frage, ob nicht am 22. März jedenfalls das steile Absinken des R-Werts seit dem 11. März, als er noch über 3 betrug, bekannt war oder hätte erkannt werden können.

b) Gab es mildere Mittel zur Erreichung des Ziels?

Geht man davon aus, dass auf der Basis des Erkenntnisstands am 22. März mit einer Überlastung des Gesundheitssystems gerechnet werden konnte, so hängt die Erforderlichkeit des Lockdown weiterhin davon ab, dass das Ziel, die Überlastung des Gesundheitssystems zu vermeiden, nicht mit milderen – also weniger in die Grundrechte eingreifenden – Mitteln hätte erreicht werden können.

Ob dies der Fall ist, muss unter folgenden Aspekten untersucht werden:

- Hätten gezielte Maßnahmen statt eines flächendeckenden Lockdown ausgereicht, die Infektionskurve so abzuflachen, dass die Gefahr einer Überlastung der Intensivstationen mit Covid-19-Patienten gebannt gewesen wäre? (Hier ist an Maßnahmen zu denken, wie sie jetzt zur Vermeidung eines erneuten Lockdown in der befürchteten „zweiten Welle“ diskutiert werden.[37])
- Hätten Maßnahmen zum speziellen Schutz der Risikogruppen (gegebenenfalls in Verbindung mit gezielten Maßnahmen, s.o.) ausgereicht, um die befürchtete Überlastung der Intensivstationen zu verhindern? (Es ist ja bekannt, dass Covid-19 für die allermeisten Menschen harmlos verläuft und Gefahren für das Leben oder schwere gesundheitliche Schädigungen ganz überwiegend bei sehr alten und mehrfach mit schweren Gesundheitsproblemen vorbelasteten Patienten sowie bei jüngeren Patienten fast ausschließlich bei sehr schweren Vorbelastungen bestehen.)
- Hätte man, ohne ein großes Risiko für die Überlastung des Gesundheitssystems in Kauf zu nehmen, noch weiter abwarten können, ob die vor dem 22. März bereits getroffenen Maßnahmen ausreichen, um die Infektionskurve ausreichend abzuflachen? Diese Frage müsste sich insbesondere dann aufdrängen, wenn am 22. März jedenfalls das steile Absinken des R-Werts seit dem 11. März, als er noch über 3 betrug, bekannt

[36] Vgl. die Grafik bei *Karina Reiss/Sucharit Bhakdi*, Corona Fehlalarm?, 2020, S. 63.

[37] Vgl. FAZ v. 10.8.2020, S. 1: Altmaier: Lockdown unbedingt verhindern. „Angesichts steigender Corona-Infektionszahlen fordert Bundeswirtschaftsminister Peter Altmaier (CDU) ‚zielgenauere Maßnahmen und Korrekturen statt flächendeckender Rundumschläge‘.“

war oder hätte erkannt werden können. Dies hätte die Erforderlichkeit jedenfalls als fraglich erscheinen lassen.

- Hätte man, ohne ein großes Risiko für die Überlastung des Gesundheitssystems in Kauf zu nehmen, mit so weitreichenden Maßnahmen, wie sie am 22. März beschlossen wurden, abwarten können, um zunächst die Erkenntnisgrundlagen zu verbessern?

  Der Lockdown bedeutete weitreichende Freiheitseinschränkungen für viele Millionen Menschen. Bei Unsicherheit über die Erforderlichkeit einer Maßnahme – und ganz besonders dann, wenn sie von derart großer Tragweite ist – muss als milderes Mittel immer zunächst die Verbesserung der Erkenntnisgrundlage in Betracht gezogen werden. Wenn es möglich ist, vor einschneidenden Maßnahmen zunächst abzuwarten, um die empirischen Grundlagen für die Entscheidung zu verbessern, dann muss diese Möglichkeit ergriffen werden, sofern durch das Abwarten nicht die Erreichung des Ziels gefährdet wird.

  Hätte man also insbesondere mit der Testung einer repräsentativen Bevölkerungsstichprobe, wie sie der Epidemiologe John Ioannides bereits zu Beginn der Pandemie gefordert hat[38], zunächst die Einschätzung der Gefährlichkeit von SARS-CoV-2 auf eine wesentlich bessere empirische Grundlage stellen können – mit dem Ergebnis, dass die infection fatility rate (Infektionssterblichkeitsrate) – der Anteil der Todesfälle an allen Infektionen – mit 0,1 bis 0,3 Prozent um das Zehnfache niedriger ist als in den anfänglichen Modellrechnungen angenommen[39]?

Ob der Lockdown erforderlich war, kann noch nicht definitiv entschieden werden, bevor diese Fragen beantwortet sind.

Zur Beurteilung der Erforderlichkeit können auch in anderen Staaten gewonnene Erfahrungen herangezogen werden. Dabei stellen sich z.B. folgende Fragen:

- Ist es in Staaten, die keinen Lockdown vorgenommen haben, zu einer Überlastung des Gesundheitssystems gekommen? (Soweit ich weiß nein, Beispiele Südkorea, Japan, Schweden)
- Wie haben anderen Staaten es geschafft, ohne Lockdown die Überlastung des Gesundheitssystems zu vermeiden?
- Sind die Mittel, die in diesen Staaten eingesetzt wurden, weniger belastend (weniger freiheitseinschränkend) als die in Deutschland mit dem Lockdown verhängten Freiheitseinschränkungen?
- Gibt es rechtliche und/oder faktische Gründe, aus denen der Weg, den diese Staaten beschritten haben, in Deutschland nicht gegangen werden kann?

Wenn sich bei einer Analyse des Vorgehens anderer Staaten herausstellt, dass es möglich ist, mit milderen Mitteln das Ziel zu erreichen, eine Überlastung des Gesundheitssystems

---

38 *John P.A. Ioannidis*, Coronavirus disease 2019: The harms of exaggerated information and non-evidence-based measures, European Journal of Clinical Investigation 19.3.2020, https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/eci.13222 (abgerufen am 16.8.2020); ebenso *Reiss/Bhakdi* (Fn. 36), S. 22.

39 Vgl. Angela Spelsberg/Ulrich Keil, Astronomische Fehlrechnungen, taz 10.8.2020, https://taz.de/Streit-um-Corona-Politik/!5701892/ m. Hinw. auf die wissenschaftliche Studie von John Ioannidis, The infection fatality rate of COVID-19 inferred from seroprevalence data, https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.05.13.20101253v3.

zu vermeiden, dann ist das ein empirischer Beleg dafür, dass der Lockdown nicht erforderlich ist.

Freilich muss auch hier berücksichtigt werden, dass diese vergleichenden Erkenntnisse möglicherweise bei der Entscheidung über den deutschen Lockdown noch nicht – oder jedenfalls noch nicht hinreichend zuverlässig – zur Verfügung standen. Sie sollten aber gründlich ausgewertet werden, um für die Zukunft als empirische Entscheidungsgrundlagen herangezogen werden zu können.

4. Die Erforderlichkeit im Zeitverlauf

a) Erforderlichkeit des Lockdown zur Vermeidung der Überlastung des Gesundheitssystems

Die Corona-Bekämpfungsverordnungen waren auf wenige Wochen befristet. Solche relativ kurzen Befristungen sind sinnvoll und notwendig, damit bei weitreichenden Grundrechtseinschränkungen im Hinblick auf die sich schnell wandelnde Epidemiesituation Freiheitsbeschränkungen nicht aus Nachlässigkeit zu lange aufrechterhalten bleiben. Unabhängig von den Verordnungsbefristungen muss aber auch innerhalb des Geltungszeitraums der Verordnungen ständig geprüft werden, ob die Grundrechtseinschränkungen noch erforderlich sind.[40]

Ich kann hier nicht die Erforderlichkeit der Corona-Bekämpfungsmaßnahmen von Beginn an bis heute überprüfen, sondern wende den Blick auf die Entscheidung vom 15. April 2020[41], den Lockdown – mit einigen „Lockerungen" – zu verlängern, die dann durch Rechtsverordnungen der Länder umgesetzt wurde[42].

Zu diesem Zeitpunkt war bekannt, dass der R-Wert längst unter 1,0 gesunken war und im Durchschnitt knapp unter 1 schwankte. Es war auch bekannt, dass die am 23. März 2020 in Kraft getretenen zusätzlichen Freiheitseinschränkungen, also der große Lockdown, keine Auswirkungen auf die Entwicklung des R-Wertes hatten.[43] Außerdem war bekannt, dass die Zahl der Neuinfektionen seit dem 18. März ziemlich gleichmäßig, mit einigen

---

[40] Vgl. z.B. *Jens Kersten/Stephan Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2020, S. 50 m. Hinw. auf *BayVerfGH*, NJW 2020, 1236 Rn. 63; *SaarlVerfGH*, 28.4.2020 – Lv 7/20, 11.

[41] Telefonschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 15. April 2020: Beschränkungen des öffentlichen Lebens zur Eindämmung der COVID19-Epidemie, https://www.bundeskanzlerin.de/bkin-de/aktuelles/telefonschaltkonferenz-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-am-15-april-2020-1744228; Beschluss mit Anlage: https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/1744226/bcf47533c99dc84216eded8772e803d4/2020-04-15-beschluss-bund-laender-data.pdf (abgerufen am 10.8.2020)

[42] Z.B. Rheinland-Pfalz 4. CoBeLVO v. 17.4.2020.

[43] Vgl. RKI, Epidemiologisches Bulletin 17/2020, Online vorab: 15.4.2020, S. 14 Abb. 4. – Umstritten ist, ob früher ergriffene Maßnahmen, insbesondere das Verbot von Großveranstaltungen ab dem 9. März, zum Rückgang der Infektionszahlen beigetragen haben. Kritiker verneinen dies mit der Behauptung, wegen der Inkubationszeit von 5-14 Tagen hätten diese Maßnahmen sich erst auswirken können, als die Kurve des R-Werts schon im Sinken war, vgl. *Reiss/Bhakdi* (Fn. 36), S. 61.

Schwankungen, abnahm.[44] Auch diese Tendenz hatte also vor dem Lockdown am 23. März eingesetzt.

Die Verdoppelungszeit, die die Bundeskanzlerin Anfang März als Maßstab genannt hatte und die ihrer Meinung nach auf 10 Tage anwachsen sollte, bevor man über Lockerungen reden könne[45], betrug am 7. April bereits deutlich mehr als 10 Tage und am 15. April schon über 30 Tage.[46]

Zugleich waren die Krankenhäuser bei weitem nicht ausgelastet. Tausende Intensivbetten standen leer. Tausende Beatmungsgeräte standen zur Verfügung und wurden nicht benötigt.[47]

Auch anhand der Kurve der Sterbefälle ließ sich Mitte April ablesen, dass die Epidemie schon Mitte März ihren Höhepunkt überschritten hatte. Denn die geglättete Kurve der Sterbefälle hatte ihr Maximum am 7. April. Da zwischen Infektion und Tod durchschnittlich 23 Tage vergehen, muss also der Höhepunkt der Infektionen bereits Mitte März gewesen sein.[48] Dies ergibt sich auch aus den Berechnungen des RKI zur Entwicklung der Neuerkrankungen.[49]

Evidenz für die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung drastischer Maßnahmen zur Vermeidung einer Überlastung des Gesundheitssystems war angesichts dieser Zahlen nicht gegeben. Dies schließt noch nicht aus, dass sich die Erforderlichkeit der Verlängerung des Lockdown im Sinne der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung dennoch begründen ließ. Aber dazu bedurfte es angesichts der auf die fehlende Erforderlichkeit hindeutenden Umstände sehr starker Argumente.

Was die Bundeskanzlerin und die Länderregierungschefs in ihrem Beschluss[50] insoweit sagen, sind aber keine nachvollziehbaren und zumindest eine Plausibilität für die Erforderlichkeit darlegenden Argumente, sondern bloße Thesen. Sie behaupten:

- „Durch die Beschränkungen haben wir erreicht, dass die Infektionsgeschwindigkeit in Deutschland abgenommen hat." – Ob das zutrifft, ist fraglich. Die Infektionsgeschwindigkeit hatte schon vor den Beschränkungen abgenommen.
- „Gleichzeitig haben wir aber auch gelernt, dass ohne Beschränkungen die Infektionsgeschwindigkeit sehr schnell zunimmt, während das Verlangsamen des Geschehens sehr viel Zeit braucht und einschneidende Maßnahmen erfordert." – Auch das ist

---

44 Vgl. RKI, Epidemiologisches Bulletin 17/2020, Online vorab: 15.4.2020, S. 14 Abb. 4.

45 Welt 30.3.2020, https://www.welt.de/politik/deutschland/article206895285/Coronavirus-So-weit-ist-Deutschland-von-Merkels-Zielvorgabe-entfernt.html (abgerufen am 13.8.2020).

46 https://www.tagesschau.de/ausland/coronavirus-karte-verdopplungszeit-101.html (abgerufen am 13.8.2020).

47 Vgl. die Tabellen auf CDMI.online: verfügbare Intensivbetten https://docs.google.com/presentation/d/1M-tZ2rxnxv8vCMmX5NwuxeYnNBdfg3lOdZ3Z-rTWluQ/present#slide=id.p9; Bettenbelegung mit Covid-19-Patienten https://docs.google.com/presentation/d/1M-tZ2rxnxv8vCMmX5NwuxeYnNBdfg3lOdZ3Z-rTWluQ/present#slide=id.g74a92eef9f_8_0 (abgerufen am 13.8.2020).

48 *Stefan* Homburg, Warum Deutschlands Lockdown falsch ist – und Schweden vieles besser macht, Welt 15.4.2020, https://www.welt.de/wirtschaft/plus207258427/Schweden-als-Vorbild-Finanzwissenschaftler-gegen-Corona-Lockdown.html (abgerufen am 14.8.2020).

49 Vgl. die Nachweise oben Fn. 34.

50 Fn. 41.

fraglich. Die Infektionskurve ging im März sehr schnell nach unten, und zwar schon, bevor die besonders einschneidenden Maßnahmen wirksam wurden.

- „Wir müssen uns alle bewusst machen, dass wir die Epidemie durch die Verlangsamung der Infektionsketten der letzten Wochen nicht bewältigt haben, sie dauert an. Deshalb können wir nicht zum gewohnten Leben der Zeit vor der Epidemie zurückkehren, sondern wir müssen lernen, wie wir für eine längere Zeit mit der Epidemie leben können." – Dass das Virus noch im Umlauf ist und dass weiterhin Neuinfektionen möglich sind, lässt sich nicht bestreiten. Aber mit dem zitierten Argument ließe sich – wenn es ausreichend wäre – die Erforderlichkeit eines ewigen Lockdown begründen. Denn wahrscheinlich wird SARS-CoV-2 nie ganz verschwinden, sondern in Wellenbewegungen wie auch andere Coronaviren immer wieder auftauchen, und neue Viren werden hinzukommen. Um die Erforderlichkeit des Lockdown zu begründen, reichen solche allgemeinen Floskeln nicht aus, sondern es muss konkret gezeigt werden, dass und warum ohne die beschlossenen Maßnahmen damit zu rechnen ist, dass die Zahl der Covid-19-Patienten, die einer intensivmedizinischen Behandlung bedürfen, so stark ansteigen wird, dass die Kapazitäten der Intensivstationen nicht ausreichen.

Der Beschluss vom 15. April 2020 nimmt eine solche Berechnung nicht vor und verweist auch nicht auf an anderer Stelle veröffentlichte Zahlen und Berechnungen. Er leidet daher jedenfalls an einem eklatanten Begründungsdefizit. Ohne nähere Erläuterungen macht er die Erforderlichkeit der weitgehenden Aufrechterhaltung des Lockdown nicht plausibel.

b) Erforderlichkeit des Lockdown zur Erreichung eines anderen Ziels?

Es könnte sein, dass die Bundeskanzlerin und die Regierungschefs der Länder in ihrem Beschluss vom 15. April 2020[51] dem Ziel, die Überlastung des Gesundheitssystems zu vermeiden, ein zweites Ziel hinzugefügt haben, und dass dieses zweite Ziel den Lockdown unter dem Aspekt der Erforderlichkeit rechtfertigt.

In dem Beschluss wird das Ziel wie folgt beschrieben:

> „Der Maßstab bleibt dabei, dass die Infektionsdynamik so moderat bleiben muss, dass unser Gesundheitswesen jedem Infizierten die bestmögliche Behandlung ermöglichen kann und die Zahl der schweren und tödlichen Verläufe minimiert wird."

Diese Formulierung beschreibt zunächst das Ziel, das bereits dem Lockdown-Beschluss vom 22. März 2020 zugrunde lag: Das Gesundheitswesen soll nicht überlastet werden, sondern voll funktionsfähig bleiben, so dass jeder Patient die optimale Behandlung erhalten kann. Man könnte sich fragen ob mit der Formulierung am Schluss des Satzes ein neues und eigenständiges Ziel – die Minimierung der Zahl der schweren und tödlichen Verläufe – beschrieben werden soll. Dagegen spricht aber, dass diese Minimierung als Folge der Eindämmung der „Infektionsdynamik" und der Sicherstellung einer optimalen Behandlung durch das Gesundheitssystem dargestellt wird. Wenn es unabhängig davon, ob das Gesundheitssystem überlastet ist, darum ginge, die Zahl der schweren und tödlichen Verläufe zu minimieren, könnte es nicht auf die Infektionsdynamik – auf die Abflachung der Infektionskurve – ankommen. Denn die absolute Zahl der Infektionen wird durch die Abflachung der Kurve nicht beeinflusst. Das Ziel des Lockdown bleibt nach

[51] Fn. 41.

dieser Formulierung also unverändert die Vermeidung der Überlastung des Gesundheitssystems.

Es gibt in dem Beschluss noch eine andere Formulierung, die auf die Aufnahme eines zusätzlichen Ziels hindeuten könnte:

„Für die kommende Zeit ist die Leitschnur unseres Handelns, dass wir alle Menschen in Deutschland so gut wie möglich vor der Infektion schützen wollen. Das gilt besonders für ältere und vorerkrankte Menschen, aber auch bei jüngeren Infizierten gibt es schwere Verläufe. Deshalb stehen Infektionsschutz und Hygienemaßnahmen überall und insbesondere dort, wo Kontakte notwendig sind, etwa in bestimmten Arbeitsumgebungen, besonders im Mittelpunkt."

Hier wird als Ziel ausgegeben, „alle Menschen in Deutschland" – und besonders Risikogruppen – so gut wie möglich vor der Infektion mit SARS-CoV-2 zu schützen. Allerdings ergibt sich aus dem zweiten Satz, dass dieses Ziel nicht den Lockdown rechtfertigen soll, sondern dass Infektionsschutz und Hygienemaßnahmen die Mittel zur Erreichung dieses Ziels sein sollen.

Es bleibt also dabei, dass nicht die Minimierung der Infektionen (oder der Zahl der „Corona-Toten" oder der schweren Krankheitsverläufe) Ziel des Lockdown ist, sondern die Vermeidung der Überlastung des Gesundheitssystems.

Zur Erreichung dieses Ziels ist – wie oben (3. und 4.a) gezeigt – die Erforderlichkeit des Lockdown fraglich und jedenfalls bei der Entscheidung über seine Verlängerung am 15. April 2020 nicht plausibel dargelegt worden.

Hätte man hingegen die Minimierung der Infektionen/der Fallzahlen (und damit die Minimierung der Todesfälle/schweren Verläufe) als selbständiges Ziel verfolgt, dann wäre die Erforderlichkeit des Lockdown, bezogen auf *dieses* Ziel, zu bejahen. Allerdings wären – bezogen auf *dieses* Ziel – der Lockdown im engeren Sinne unverhältnismäßig, wie unten (IV.) noch gezeigt wird.

c) Prüfung der Erforderlichkeit durch Verbesserung der Erkenntnisgrundlagen

Die Entscheidung über den Lockdown wurde auf der Basis noch sehr unsicherer Erkenntnisse über die Gefährlichkeit von SARS-CoV-2 getroffen. Wenn die Regierungen sehr weitreichende Freiheitsbeschränkungen auf der Basis einer bloß angenommenen, aber nicht durch empirische Evidenz gestützten Gefahr beschließen, kann dies im Hinblick auf die Größe der angenommenen Gefahr zunächst gerechtfertigt sein. Aber wer die Freiheit auf Verdacht einschränkt, muss dann umgehend Maßnahmen ergreifen, um aufzuklären, ob der Verdacht berechtigt ist. Daher war es insbesondere zwingend erforderlich, eine Studie vorzunehmen, mit der durch Testung einer repräsentativen Bevölkerungsstichprobe die Infektionssterblichkeitsrate (infection fatility rate) ermittelt wird. Denn wenn nur oder überwiegend Menschen mit Symptomen oder Menschen aus Risikogebieten oder Menschen mit Kontakten zu Infizierten oder Infektionsverdächtigen getestet werden, erhält man zwar Informationen, die als Grundlage für gezielte Maßnahmen zur Unterbrechung von Infektionsketten dienen können, aber so erhält man kein auch nur annähernd zuverlässiges Bild von der Gefährlichkeit des Virus.[52]

Eine solche Studie ist in Deutschland nur in einem verhältnismäßig kleinen Rahmen von Hendrik Streeck vorgenommen worden („Heinsberg-Studie"). Nach dem Ergebnis dieser Studie war die Sterblichkeitsrate um ein Vielfaches kleiner als beispielsweise von der

---

52 Vgl. z.B. *Ioannidis* (Fn. 38); vgl. auch *Spelsberg/Keil* (Fn. 39); *Reiss/Bhakdi* (Fn. 36), S. 22 ff.

WHO postuliert.[53] Eine kürzlich veröffentlichte Studie von John Ioannidis, die sich ihrerseits auf mehr als 30 andere Studien stützt, bestätigt, dass die infection fatility rate mit 0,1 bis 0,3 Prozent um das Zehnfache niedriger ist als in den anfänglichen Modellrechnungen angenommen.[54]

Es ist nach diesem Erkenntnisstand nicht mehr möglich, die Gefährlichkeit des Virus auf die geläufige und heute noch vom RKI verbreitete Annahme zu stützen, die Sterblichkeit liege bei über 3 oder sogar über 4 Prozent[55] – eine Größenordnung, die sich auf die Anzahl der positiv Getesteten bezieht, aber nicht auf die Gesamtzahl der Infizierten, die man nur durch *repräsentatives* Testen ermitteln kann.

Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Lockdown (und auch von Corona-Bekämpfungsmaßnahmen unterhalb der Schwelle des Lockdown) kann es nicht nur darauf ankommen, welche Erkenntnisse die zuständigen staatlichen Stellen im Zeitpunkt ihrer Entscheidung tatsächlich hatten. Es kommt auch darauf an, welche Erkenntnis sie hätten haben können, wenn sie rechtzeitig Maßnahmen zur Verbesserung der Erkenntnisgrundlage getroffen hätten. Auch insofern mag es Einschätzungsspielräume geben, welche Maßnahmen erforderlich waren. Aber praktisch nichts zu tun, um die Erkenntnisgrundlagen zu verbessern, ist angesichts der Tragweite der Freiheitseinschränkungen im Lockdown auf jeden Fall verfassungswidrig.

Das RKI hat zwar mitgeteilt, an einer repräsentativen Zufallsstichprobenuntersuchung auf Antikörper zu arbeiten.[56] Ein Ergebnis oder Zwischenergebnis liegt aber noch nicht vor.[57] Die Corona-Politik stützt sich also bis heute auf eine völlig unzulängliche und offenbar grob die Gefährlichkeit des Virus überzeichnende Datengrundlage. Man darf mit der Verbesserung der Erkenntnisgrundlagen nicht warten, bis die Epidemie vorbei ist und die Freiheitsbeschränkungen ohnehin (weitgehend) aufgehoben sind. Vielmehr muss in einer solchen Situation mit allem Nachdruck daran gearbeitet werden, dass sehr zeitnah zumindest Zwischenergebnisse vorliegen.

IV. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit i.e.S. erfordert eine Abwägung zwischen dem angestrebten Nutzen des Lockdown und den zur Erreichung dieses Ziels eingesetzten Freiheitseinschränkungen und ihren unerwünschten Neben- und Folgewirkungen. Um die Vorteile und Nachteile gegeneinander abwägen zu können, müssen sie zunächst beschrieben und – quantitativ wie qualitativ – gewichtet und bewertet werden.

---

53 Laut *Reiss/Bhakdi* (Fn. 36), S. 23 f.

54 S.o. Fn. 39.

55 Vgl. z.B. RKI, Täglicher Lagebericht 15.8.2020, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/2020-08-15-de.pdf?__blob=publicationFile (abgerufen am 16.8.2020).

56 https://www.rki.de/DE/Content/Service/Presse/Pressemitteilungen/2020/05_2020.html;jsessionid=256C5F987DD26FD333C6B60973B83379.internet122 (abgerufen am 16.8.2020).

57 Laut *Spelsberg/Keil* (Fn. 39).

1. Der Nutzen des Lockdown

Für die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Lockdown kommt es nicht darauf an, wie groß der Nutzen des Lockdown aus der Ex-post-Perspektive tatsächlich war, sondern darauf, was man im Zeitpunkt der Entscheidung damit bewirken wollte.

Wie oben (B.III.4.) bereits dargelegt, kann man nicht etwa argumentieren, Ziel sei es, Leben und Gesundheit zu schützen. Das seien hochrangige Rechtsgüter, das Leben sei das höchste, und deshalb habe der Schutz des Lebens Vorrang vor allen Freiheitseinschränkungen – wie intensiv, umfang- und folgenreich sie auch sein mögen. Es geht nicht um eine abstrakte Güterabwägung, sondern um die Abwägung der konkreten Schutzgutbeeinträchtigungen, die man mit dem Lockdown vermeiden will und die man durch den Lockdown verursacht.

Auf der Nutzenseite ist auf das konkrete Ziel des Lockdown abzustellen. Hier geht es um den Schutz von Leben und Gesundheit – aber nicht generell um den Schutz von Leben und Gesundheit, sondern Ziel ist die Vermeidung der Überlastung des Gesundheitssystems (insbesondere der Intensivstationen) und die Vermeidung von Todesfällen und von gesundheitlichen Beeinträchtigungen, die aus der Überlastung des Gesundheitssystems und somit aus einer nicht optimalen ärztlichen Versorgung resultieren könnten.

Man kann allerdings hilfsweise prüfen, ob die Verhältnismäßigkeit i.e.S. gegeben ist, wenn man auf das Ziel abstellt, die Zahl der „Corona-Toten“ und der schweren Covid-19-Verläufe so gering wie möglich zu halten. Es ist möglich, dass eine staatliche Maßnahme im Hinblick auf das angestrebte Ziel unverhältnismäßig ist, dass sie aber bezogen auf ein anderes, ebenfalls legitimes Ziel, als verhältnismäßig erscheint.

a) Sterberisiken sind nicht Sterbefälle – zur Gewichtung der Corona-Risiken (I.)

Für die Gewichtung und Bewertung ist nun wichtig, dass auf die Nutzen-Seite der Abwägung nicht irgendwelche Phantasiezahlen von „Corona-Toten“ eingestellt werden, die man durch den Lockdown vermeiden will. Erstens muss mit konkreten Szenarien für das Infektionsgeschehen gearbeitet werden, und die Zahl der Toten, mit denen man ohne den Lockdown rechnen müsste, muss erfahrungsgestützt abgeschätzt werden. Zweitens muss die Wahrscheinlichkeit des jeweiligen Szenarios eingeschätzt werden. Ein sehr unwahrscheinliches Szenario hat in der Abwägung weniger Gewicht als ein wahrscheinliches. Wir haben es bei der Entscheidung über den Nutzen des Lockdown nicht mit tatsächlichen „Corona-Toten“ beziehungsweise mit der tatsächlichen Vermeidung von Todesfällen zu tun, sondern um das Risiko, dass es zu Todesfällen durch Covid-19 kommt. Die Größe eines Risikos wird in der Sicherheitswissenschaft als Produkt aus Schadensumfang und Eintrittswahrscheinlichkeit des Schadens beschrieben. Je größer die Wahrscheinlichkeit, dass es ohne Lockdown zu einer bestimmten Zahl von „Corona-Toten“ kommt, desto größer ist das Risiko, je kleiner die Wahrscheinlichkeit, desto kleiner ist das Risiko. Je nach Wahrscheinlichkeit kann daher bei gleicher angenommener Zahl von Todesopfern das Risiko um das Zehnfache, ja sogar um das Hundertfache, das Tausendfache oder Millionen- oder Milliardenfache kleiner sein, als wenn man mit sehr großer Wahrscheinlichkeit die angenommene Zahl von Toten würde beklagen müssen.

Horrorszenarien, die zwar denkmöglich, aber äußerst unwahrscheinlich sind, haben deshalb in der Abwägung viel geringeres Gewicht als die Zahl der befürchteten Toten vermuten ließe.

Es ist eine psychologische Falle, dass Menschen meistens nicht gewohnt sind, in der Kategorie des Risikos zu denken; sondern sie stellen sich konkrete Ereignisse vor, ohne dabei daran zu denken oder jedenfalls ohne emotional zu verarbeiten, wie gering die Wahrscheinlichkeit ist, dass diese Ereignisse eintreten. Im Falle des Corona-Lockdown hatten die Menschen die Fernsehbilder mit den Särgen aus Bergamo vor Augen.

Mir ist nicht bekannt, von welchem Szenario die Bundeskanzlerin und die Regierungschefs der Länder bei ihrem Lockdown-Beschluss vom 22. März 2020 ausgingen. Um die Größe des Risikos darzulegen, das man bekämpfen will, reicht es jedenfalls nicht aus, rein theoretische Modellierungen zugrunde zu legen. Vielmehr müssen Risikoeinschätzungen auf erfahrungsgestützten Annahmen beruhen. Empirische Grundlagen können etwa das Ausbreitungsverhalten bei anderen Epidemien oder die Erkenntnisse sein, die man in Staaten gewonnen hat, in denen SARS-CoV-2 bereits früher aufgetreten ist.

Es ist sehr schwierig, die Wahrscheinlichkeit angenommener Epidemieverläufe einzuschätzen, wenn die Datengrundlage noch sehr unzureichend ist. Daraus resultiert für die verantwortlichen Politiker ein großer Einschätzungsspielraum. Aber das heißt nicht, dass jedes theoretisch denkbare Schreckensszenario als für die Verhältnismäßigkeitsprüfung maßgeblich zugrunde gelegt werden darf. Auch Szenarien sind begründungsbedürftig und müssen plausibel sein. Und vor allem darf ein Szenario bei der Abwägung nicht so behandelt werden, als sei der Ablauf dieses Szenarios mit Sicherheit zu erwarten. Ohne eine zumindest grobe Einschätzung der Wahrscheinlichkeit eines angenommenen Ablaufs ist die Gewichtung des Risikos und damit auch eine Abwägung nicht möglich. Und ein Handeln auf der Basis, dass das angenommene Szenario (mit einer bestimmten Anzahl zu erwartender „Corona-Toten") mit Sicherheit zu erwarten (statt mit einer vielleicht nur geringen Wahrscheinlichkeit zu befürchten) ist, führt zu einem Abwägungsfehler, der die Verhältnismäßigkeitsprüfung rechtswidrig macht.

Wichtig ist, dass nicht etwa die von Freiheitsbeschränkungen betroffenen Bürger nachweisen müssen, dass ein von Bundesregierung und Landesregierungen zugrunde gelegtes Szenario sehr unwahrscheinlich ist, sondern im Rechtsstreit hat der Staat, der die Freiheit einschränkt, die Darlegungs- und Begründungslast dafür, dass die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen der Freiheitseinschränkung erfüllt sind. Im Kontext der Prüfung der Verhältnismäßigkeit i.e.S. bedeutet dies, dass die Regierungen die Größe des Risikos, das sie mit dem Lockdown bekämpfen, nachvollziehbar beschreiben. Dazu gehört, dass sie darlegen, von welchen tatsächlichen Annahmen sie ausgehen und wie sie die Wahrscheinlichkeit des angenommenen Epidemieverlaufs einschätzen und begründen.

b) „Corona-Tote" sind meistens nicht Corona-Tote – zur Gewichtung der Corona-Risiken (II.)

In die Statistiken der „Corona-Toten" gehen nicht nur die Menschen ein, die *an* Corona gestorben sind, sondern auch diejenigen, die *mit* Corona gestorben sind. Jeder Tote wird mitgezählt, der positiv auf Corona getestet wurde. Es spielt keine Rolle, ob Covid-19 ursächlich für den Tod war. Es scheint nicht einmal darauf anzukommen, ob die Person überhaupt an Covid-19 erkrankt war; es reicht aus, dass sie mit SARS-CoV-2 infiziert war, oder – um es noch genauer zu formulieren – dass sie positiv auf SARS-CoV-2 getestet war (was wegen der erheblichen Zahl falsch positiver Tests nicht gleichbedeutend mit tatsächlicher Infizierung ist). Ob auch Unfalltote, die Corona-positiv waren, in die Statistik eingehen, ist sekundär, da die Größenordnung für die Statistik nicht sehr relevant sein wird. Wichtig ist aber die Differenzierung der kausalen Zusammenhänge.

Die Ergebnisse der Obduktionen, die der Pathologe Püschel in Hamburg vorgenommen hat, zeigen, dass in allen Fällen Covid-19 nicht oder nicht allein die Todesursache war, sondern dass fast alle „Corona-Toten" schwere, meist multiple Vorbelastungen durch andere Krankheiten hatten, ohne die sie nicht an Covid-19 gestorben wären.[58] Covid-19 war in diesen Fällen wohl mitursächlich für den Tod, aber eher im Sinne des Tropfens, der das Fass zum Überlaufen bringt. Jede „normale" Grippe hätte bei diesen Patienten vielleicht ebenfalls zum Tod geführt. Wenn das Durchschnittsalter der „Corona-Toten" bei 80 Jahren liegt und wenn diese Patienten multimorbid vorbelastet sind, bedarf der Eintritt des Todes oft nur eines geringfügigen Auslösers. Das ist nicht selten die saisonale Grippe.

Es ist also nicht richtig, die „Corona-Toten" pauschal und zu 100 Prozent auf das Konto von SARS-CoV-2 zu schreiben beziehungsweise umgekehrt die Zahl der vermiedenen „Corona-Todesfälle" als Erfolg des Lockdown zu verbuchen. Der Erfolg ist realistischerweise in solchen Fällen die Verlängerung des Lebens um vielleicht ein paar Wochen oder bestenfalls Monate. Auch das ist ein Erfolg, den man schätzen kann und muss. Aber es ist nicht derselbe Erfolg und es ist kein gleich großer, sondern ein viel kleinerer Erfolg, als wenn man Todesfälle abgewendet hätte, bei denen Covid-19 die einzige oder jedenfalls die hauptsächliche Ursache gewesen wäre. Abgewendet hat man eben nur den kleinen Kausalbeitrag, den Covid-19 für diesen Tod geleistet hätte.

c) Mortalität als Korrektiv – zur Gewichtung der Corona-Risiken (III.)

Wie gefährlich Covid-19 war oder ist, wird sich nachträglich auch an der Mortalität zeigen. Vielleicht zeigt sich daran auch im zeitlichen Vergleich und im Ländervergleich, wie wirksam der Lockdown im Hinblick auf die Sterblichkeit war.

Jedes Jahr sterben in Deutschland im Schnitt rund 930.000 Menschen, also monatlich rund 78.000, wöchentlich 18.000 oder täglich über 2.500. Für das erste Halbjahr 2020 hat das RKI knapp 9.000 „Corona-Tote" gezählt.[59] Wäre Covid-19 besonders gefährlich, müsste sich dies in der Statistik als Übersterblichkeit zeigen. Die Sterblichkeitsstatistik des ersten Halbjahrs 2020 weist keine Übersterblichkeit auf. Die Sterblichkeit liegt mit 483.084 Toten höher als 2019 (477.911) und 2016 (461.052), aber niedriger als 2018 (501.391) und 2017 (488.149).[60] Im April gab es ein paar Tausend Tote mehr als in den Vorjahren, während es im März zwar knapp tausend Tote mehr als 2019 gab, aber fast 20.000 Tote weniger als 2018. Im Mai ist die Zahl der Toten etwa gleich wie im Vorjahr und im Juni erheblich geringer.

Man wird abwarten müssen, wie sich die Zahlen im Laufe des Jahres entwickeln. Bis jetzt ist keine Übersterblichkeit im Jahr 2020 erkennbar. Das könnte aber (auch) Folge des Lockdown sein. Wie sich dieser auf die Mortalität ausgewirkt hat, könnten später vielleicht Vergleiche mit anderen Ländern zeigen. Dass Schweden ohne Lockdown in den

---

58 Vgl. aerzteblatt.de 22.4.2020, https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/112189/Obduktionsberichte-Verstorbene-COVID-19-Patienten-hatten-alle-Vorerkrankungen (abgerufen am 14.8.2020); Tagesspiegel 9.5.2020, https://www.tagesspiegel.de/wissen/studie-aus-hamburg-zu-todesursachen-blut-verduenner-koennten-hoffnung-fuer-coronavirus-patienten-sein/25815276.html (abgerufen am 14.8.2020).

59 RKI, Täglicher Lagebericht 1.7.2020, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/2020-07-01-de.pdf?__blob=publicationFile (abgerufen am 14.8.2020).

60 Vgl. Statistisches Bundesamt, https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Sterbefaelle-Lebenserwartung/Tabellen/sonderauswertung-sterbefaelle.html;jsessionid=832D4868E1004FC6087E9AFC1D4BD106.internet8711 (abgerufen am 14.8.2020).

ersten Monaten in Relation zu seiner Bevölkerung eine höhere Zahl von „Corona-Toten“ aufwies, ist nicht überraschend, wenn man davon ausgeht, dass eine größere Zahl von Infektionen zu einer größeren Zahl von Toten führt, sofern nicht besondere Maßnahmen zum Schutz der Risikogruppen ergriffen werden; es bleibt abzuwarten, ob sich dies im Laufe des Jahres ausgleicht.[61]

Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Lockdown sind nachträgliche Erkenntnisse über die Entwicklung der Mortalität nicht maßgeblich, da es auf den Kenntnisstand im Zeitpunkt der Entscheidung ankommt. Sie stellen aber eine wichtige Erkenntnisgrundlage für künftige Entscheidungen dar.

Für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Lockdown bleibt festzuhalten, dass es im Zeitpunkt der Entscheidung wie bis heute eine wesentlich erhöhte Mortalität nicht feststellbar war. Wie *Prognosen*, die eine erhöhte Sterblichkeit annehmen, zu bewerten sind, wurde oben (a) bereits erörtert.

d) Vergleich mit anderen Risiken für das Leben – zur Gewichtung der Corona-Risiken (IV.)

Ein Hilfsmittel für die Bewertung der Corona-Risiken ist der Vergleich mit anderen Risiken für Leben und Gesundheit. Sind die Covid-19-Risiken wesentlich größer als andere Risiken?

Beispiele:

Die Grippewelle 2017/18 hat in Deutschland laut RKI 25.100 Menschen das Leben gekostet – und dies, obwohl ein Impfstoff zur Verfügung stand.[62]

An Unfällen sterben in Deutschland jährlich weit über 20.000, zuletzt fast 30.000 Menschen (2018: 29.874)[63], an Verkehrsunfällen weit über 3.000 (2018: 3.622)[64].

An Diabetis mellitus sterben in Deutschland jährlich rund 25.000 Menschen (2018: 24.856).[65]

---

61 Der schwedische Staatsepidemiologe *Anders Tegnell* sagte in einem Interview, die hohen Todeszahlen zu Beginn der Epidemie seien weitgehend darauf zurückzuführen, dass in manchen Altenheimen nicht hinreichende hygienische Vorsorge betrieben worden sei. Nachdem man diese punktuellen Schwachstellen behoben habe, gebe es inzwischen eine minimale Covid-19-Ausbreitung in Altenheimen. Das Absehen von einem Lockdown habe zwar nicht zu einer Herdenimmunität geführt, aber zur Immunität eines größeren Teils der Bevölkerung. Je größer der durch eine Erkrankung immun gewordene Teil der Bevölkerung sei, desto einfach werde es, weitere Ausbrüche in Zukunft zu bewältigen, RND 12.8.2020, https://www.rnd.de/gesundheit/schweden-kein-lockdown-keine-kontaktbeschrankungen-staatsvirologe-anders-tegnell-im-interview-BT2YYCQ3FBEUBHXRCLUQ2QXWUI.html (abgerufen am 15.8.2020).

62 Zahl vom RKI berechnet auf Basis der Übersterblichkeit: „Grippewelle war tödlichste in 30 Jahren“, aerzteblatt.de 30.9.2019, https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/106375/Grippewelle-war-toedlichste-in-30-Jahren (abgerufen am 15.8.2020).

63 Zahlen von 2014-2018: https://www-genesis.destatis.de/genesis/online?operation=abruftabelleBearbeiten&levelindex=1&levelid=1597484322471&auswahloperation=abruftabelleAuspraegungAuswaehlen&auswahlverzeichnis=ordnungsstruktur&auswahlziel=werteabruf&code=23211-0001&auswahltext=&werteabruf=starten#abreadcrumb (abgerufen am 15.8.2020).

64 S.o. Fn. 63.

65 S.o. Fn. 63

Diese Risiken wurden und werden hingenommen, ohne dass der Staat drastische Freiheitseinschränkungen zu ihrer Verhinderung ergreift, obwohl solche Maßnahmen möglich wäre (z.B. Lockdown bei Grippe; Verbote für unfallträchtige Tätigkeiten; Verbot für Inverkehrbringen von Zucker).

Es gibt etliche andere Beispiele für Lebens- und Gesundheitsrisiken in dieser Größenordnung, die durch staatliche Freiheitseinschränkungen vermieden oder wesentlich vermindert werden könnten, ohne dass dies geschieht oder auch nur von starken politischen Kräften gefordert würde.

Ist das Covid-19 Risiko wesentlich größer als die beispielhaft genannten Risiken? Gemessen an den tatsächlichen „Corona-Toten" ist es wesentlich kleiner. Allerdings kommt es für die Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht darauf an, wieviele Menschen bisher an Covid-19 gestorben sind, sondern mit welcher Zahl von Toten man im Entscheidungszeitpunkt rechnen musste. In einen solchen Vergleich darf aber nicht die Zahl der erwarteten Toten aus irgendeinem gedachten Szenario eingestellt werden, sondern man müsste das Risiko unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit darstellen (wie oben [a] beschrieben).

Käme man hierbei zu der Einschätzung, das Covid-19-Risiko sei sehr viel größer als die bisher immer akzeptierten anderen Risiken, müsste man unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten zusätzlich die Frage beantworten, ob man mit weniger einschneidenden Maßnahmen als mit dem Lockdown die Entwicklung der Epidemie so hätte unter Kontrolle halten können, dass die Corona-Risiken nicht die Größenordnung der allgemein akzeptierten Risiken wesentlich überschreiten. Ohne dass dies hier abschließend geklärt werden kann, spricht jedenfalls einiges dafür, dass die Maßnahmen, die bereits vor dem Lockdown ergriffen worden waren (insbesondere Isolation und Quarantäne von Menschen aus Risikogebieten, Verbot von Großveranstaltungen) ausgereicht haben, die Epidemie unter Kontrolle zu halten, so dass ohne den Lockdown mit Lebens- und Gesundheitsrisiken, die die allgemein akzeptierte Größenordnung überschreiten, nicht hätte gerechnet werden müssen.[66]

e) Verpflichtung zum Schutz des Lebens gegen Covid-19 – zur Gewichtung der Corona-Risiken (V.)

Der Staat hat eine grundrechtliche Pflicht zum Schutz von Leben und Gesundheit, und zwar auch zum Schutz vor Lebens- und Gesundheitsrisiken; sie ergibt sich aus Art. 2 Abs. 2 GG.[67] Die Schutzpflicht besteht freilich nicht absolut, sondern auf jeden Fall dürfen die zum Schutz eingesetzten Mittel nicht gegen andere Grundrechte verstoßen; bei Grundrechtskonflikten muss abgewogen werden. Jedenfalls hat der Schutz gegen Covid-19 in der Abwägung dann ein besonderes Gewicht, wenn der Staat jedenfalls dem Grunde nach zum Schutz verpflichtet ist. Deshalb ist in der Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit des Lockdown verschiedentlich das Argument vorgebracht worden, wegen der staatlichen Schutzpflicht für Leben und Gesundheit sei der Lockdown gerechtfertigt.

Dieser Schluss ist nicht nur deshalb ein Kurzschluss, weil das Bestehen einer Schutzpflicht nicht von der Abwägung dispensiert. Er ist schon deshalb falsch, weil die Prämisse nicht stimmt. Denn eine strikte grundrechtliche Schutzpflicht gibt es nur gegenüber menschlichen Eingriffen in die Freiheit beziehungsweise gegen menschliche

66 Vgl. z.B. *Reiss/Bhakdi* (Fn. 36), S. 61.

67 Dazu vgl. z.B. *Murswiek/Rixen*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 24 ff., 161 f., 188 ff.

Beeinträchtigungen grundrechtlicher Schutzgüter. Die Freiheitsrechte schützen die Entschließungsfreiheit des Einzelnen inklusive der Freiheit, über die eigenen grundrechtlichen Schutzgüter zu verfügen; sie schützen mit anderen Worten die individuelle Autonomie. Diese wird in der abwehrrechtlichen Dimension gegen staatliche Eingriffe und in der Schutzpflichtdimension gegen Eingriffe Dritter geschützt – in jedem Fall also gegen menschliche Eingriffe. Durch Naturereignisse, auch durch Naturkatastrophen, können Schutzgüter gefährdet, verletzt und zerstört werden; aber man kann nicht sinnvoll behaupten, dass sie die individuelle Autonomie berühren. Die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen, die individuelle Autonomie, besteht denknotwendig immer im Rahmen nicht nur physikalischer Gesetzmäßigkeiten, sondern auch im Rahmen der durch unsere natürliche Umwelt vorgeformten Gegebenheiten. Eine Epidemie oder eine Pandemie ist deshalb kein Freiheitseingriff, gegen den grundrechtlich verbürgte Freiheitsrechte schützen können.

Das bedeutet nicht, dass der Staat nicht zum Schutz gegen Naturkatastrophen oder Epidemien verfassungsrechtlich verpflichtet ist. Es bedeutet nur, dass sich eine solche Verpflichtung nicht aus den Freiheitsrechten – hier: aus dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit – ergibt. Sie lässt sich staatstheoretisch aus dem fundamentalen Staatszweck ableiten, die Existenzgrundlagen der staatlich organisierten Gemeinschaft zu sichern. Und sie lässt sich verfassungsrechtlich auf das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) i.V.m. dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) stützen.

Die sozialstaatliche Schutzpflicht unterscheidet sich hinsichtlich ihres Gegenstandes von der freiheitsrechtlichen Schutzpflicht dadurch, dass sie nicht die individuelle Autonomie, sondern die sozialen Existenzvoraussetzungen schützt. Und hinsichtlich des Gewährleistungsumfangs unterscheidet sie sich von der grundrechtlichen Schutzpflicht dadurch, dass der Staat hinsichtlich der Verwirklichung des Schutzes der faktischen Lebensvoraussetzungen einen viel größeren Gestaltungsspielraum hat als hinsichtlich des Schutzes gegen menschliche Eingriffe in Leben und Gesundheit. Während in bezug auf menschliche Eingriffe die Pflicht zum Schutz grundsätzlich dann besteht, wenn das Risiko so groß ist, dass es rechtlich als „Gefahr“ zu qualifizieren ist, besteht im Hinblick auf allgemeine Lebensrisiken, zu denen die Risiken von Naturkatastrophen oder Epidemien gehören, ein großer Spielraum für die Bestimmung des anzustrebenden Schutzniveaus.

Eine verfassungsrechtliche Handlungspflicht zum Schutz *der Allgemeinheit* gegen Covid-19 könnte deshalb nur dann angenommen werden, wenn die von der Epidemie ausgehenden Risiken derart groß wären, dass ohne staatliche Maßnahmen entweder die Existenzgrundlagen des Gemeinwesens oder der Gesamtheit der in diesem Gemeinwesen organisierten Menschen auf dem Spiel stünden. Davon kann in bezug auf Covid-19 keine Rede sein.

Eine Schutzpflicht käme außerdem in Betracht, wenn eine *konkrete Lebensgefahr für einzelne Menschen* gegeben wäre. Für extreme Gefahrenlagen wird man sogar einen individuellen Anspruch auf staatlichen Schutz gegen die Risiken einer Epidemie begründen können – jedenfalls wenn man von der Rechtsprechung ausgeht, die dem Einzelnen einen grundrechtlichen Anspruch auf staatliche Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums zuspricht, den sie auf Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG stützt. Dieser Anspruch ließe sich auch auf den Schutz von Leben und Gesundheit gegen Gefahren einer Epidemie richten. Er kann allerdings nur für Fälle gelten, in denen die gefährdeten Einzelnen nicht in der Lage sind, sich selbst zu schützen (durch Hygienemaßnahmen, Selbstisolation usw.). Da ein solcher Anspruch nur auf Minimalschutz gegen existentielle Risiken gerichtet wäre, könnte das Ziel des Schutzes nicht sein, allen Angehörigen von

Risikogruppen die risikofreie Teilhabe an allen sozialen Aktivitäten zu ermöglichen, die für Menschen ohne gesundheitliche Vorbelastungen risikoarm möglich sind. Es kann keinen individuellen Anspruch auf Schutz durch Lockdown des öffentlichen Lebens geben. Wenn es einen individuellen Schutzanspruch geben sollte, dann müsste dieser sich auf konkrete Maßnahmen zum Schutz der Angehörigen von Risikogruppen richten, etwa auf Hygienemaßnahmen für Altenheime oder auf Ermöglichung der realen Voraussetzungen der Selbstisolation (Versorgung mit Lebensmitteln usw.).

Da also keine verfassungsrechtliche Verpflichtung besteht, SARS-CoV-2 so gut wie möglich zu bekämpfen und so weit wie möglich zurückzudrängen, bestünden aus verfassungsrechtlicher Sicht keine Bedenken dagegen, eine Strategie nach schwedischem Vorbild einzuschlagen, also keinen Lockdown vorzunehmen, sondern die Verbreitung der Epidemie hauptsächlich durch Hygiene und durch Anleitung zu freiwilligen Vorsichtsmaßnahmen sowie durch gezielte Maßnahmen zum Schutz von Risikogruppen zu begrenzen.

Eine staatliche Pflicht zum Schutz gegen aus einer Epidemie resultierende Lebens- und Gesundheitsgefahren ist somit im Prinzip gegeben. Da sie aber nur auf die Gewährleistung existentieller Lebensvoraussetzungen gerichtet ist und nur einen Mindeststandard gewährleistet, aber nicht zur Optimierung des Schutzes verpflichtet, dürfte sie jedenfalls in der gegenwärtigen Situation die Handlungsspielräume des Staates nicht beschränken und daher für die Abwägung ohne Relevanz sein. Denn das, was der Staat mit dem Lockdown erreichen will, ist jedenfalls viel mehr, als das, wozu er kraft seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflicht verpflichtet sein könnte.

f) Gesamtbewertung der Corona-Risiken/des Nutzens des Lockdown

aa) Ziel: Vermeidung der Überlastung des Gesundheitssystems

Das mit dem Lockdown verfolgte Ziel, die Überlastung des Gesundheitssystems und damit auch eine suboptimale Versorgung von Corona-Patienten und daraus resultierende Todesfälle oder daraus resultierende gesundheitliche Schäden zu vermeiden, hat großes Gewicht. Wie groß dieses Gewicht genau ist, hängt davon ab, mit welcher Wahrscheinlichkeit die Überlastung des Gesundheitssystems zu erwarten ist und wie viele Menschen davon mit welcher Wahrscheinlichkeit betroffen wären. Aus Sicht derjenigen, die die Erforderlichkeit des Lockdown zur Erreichung dieses Ziels als zweifelhaft ansehen,[68] tendiert mangels Gefährdung des Gesundheitssystems das Gewicht gegen Null. Diejenigen, die den Lockdown für erforderlich halten, müssten darlegen und begründen, mit welcher Wahrscheinlichkeit und mit welchen Folgen die Überlastung des Gesundheitssystems zu erwarten ist, damit man die Größe des mit dem Lockdown bekämpften Problems gewichten kann. Hierzu habe ich bisher keine Aussagen und Daten gefunden.

bb) Ziel: Minimierung der Zahl der Toten und der schweren Verläufe

Stellt man stattdessen auf das hypothetische Ziel ab, unabhängig von einer Überlastung des Gesundheitssystems die Zahl der „Corona-Toten“ und die Zahl der schweren Covid-19-Verläufe zu minimieren, so wären auf der Nutzen-Seite im Ansatz zunächst die durch den Lockdown geretteten Menschenleben zu verbuchen. Diese Zahl ist geringer als die Zahl der „Corona-Toten“, die man ohne den Lockdown prognostiziert, denn der

68 S.o. C.III.

Lockdown verhindert ja nicht alle Todesfälle. Bei der Berechnung der Zahl der geretteten Leben muss berücksichtigt werden, dass der Lockdown die Verbreitung des Virus nicht verhindert, sondern nur verlangsamt. Das Ziel des Lockdown ist es ja, die Infektionskurve abzuflachen und Zeit zu gewinnen, um einerseits die Überlastung des Gesundheitssystems zu vermeiden, andererseits Kapazitäten auszubauen (z.B. durch Beschaffung zusätzlicher Beatmungsgeräte, Schutzkleidung usw.) und um außerdem der Erfüllung der Hoffnung auf einen Impfstoff näher zu kommen. Wenn also der Lockdown die Zahl der Infektionen zeitlich streckt, sie aber insgesamt nur in sehr begrenztem Maße reduziert, dann wird die Gesamtzahl der „Corona-Toten“ durch den Lockdown nicht viel stärker zurückgehen können als die Zahl der „Corona-Toten“, die man unter dem Aspekt der offiziellen Zielsetzung des Lockdown, der Vermeidung der Überlastung des Gesundheitssystems (oben aa), vermeiden kann.

cc) Bewertung des Nutzens für beide Ziele

Aus den oben (aa) und (bb) genannten Gründen führt der Lockdown allenfalls zu einer sehr viel geringeren Zahl von vor Covid-19 geretteten Leben als dies den in denkbaren Szenarien angenommenen Zahlen von befürchteten „Corona-Toten“ entspricht. Hinsichtlich der Gewichtung dieses Erfolgs ist weiterhin zu berücksichtigen, dass eine wahrscheinlichkeitsbezogene Risikogewichtung (oben IV.1.a) und die Berücksichtigung des in der Regel geringen Kausalitätsanteils von Covid-19 an den Todesfällen (oben IV.1.b) das Gewicht der vermiedenen Todesfälle wesentlich mindert.

Zudem spricht vieles dafür, dass das Covid-19-Kollektivrisiko nicht wesentlich größer zu sein scheint (und vielleicht sogar erheblich geringer ist) als andere Lebensrisiken, die allgemein akzeptiert sind (oben IV.1.d). Auch dies ist bei der Bewertung des möglichen Nutzens des Lockdown zu berücksichtigen.

2. Die Nachteile des Lockdown: Freiheitseinschränkungen, Kollateralschäden, Folgekosten

Der juristische Umfang der Freiheitseinschränkungen lässt sich mit Hinweis auf die erlassenen Verbote und Gebote leicht beschreiben. Schwierig ist aber die konkrete Gewichtung dieser Freiheitseinschränkungen. Wenn sie einigermaßen präzise sein sollen, erfordern sie in vielen Fällen empirische Untersuchungen. Selbst grobe Einschätzungen sind in mancher Hinsicht nur unter Heranziehung von Experten für die jeweiligen Sachgebiete möglich. Die gilt erst recht für die Einschätzung der Kollateralschäden. Ich kann hier eine solche Einschätzung nicht vornehmen, sondern nur Hinweise geben, was bei einer Erfassung und Gewichtung der Nachteile des Lockdown berücksichtigt werden muss.

a) Die Freiheitseinschränkungen

Einen Überblick über die vom Lockdown betroffenen Grundrechte und die entsprechenden Freiheitsbeschränkungen habe ich oben bereits gegeben (B.I.). Der Lockdown, verstanden als die Summe der freiheitseinschränkenden Corona-Bekämpfungsmaßnahmen, die am 22. März beschlossen wurden (einschließlich derer, die schon zuvor gegolten haben und aufrechterhalten wurden), ist die umfassendste und weitreichendste – die gesamte Bevölkerung flächendeckend betreffende und eine Vielzahl von Grundrechten

gleichzeitig einschränkende – Freiheitseinschränkung in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland. Schon daraus ergibt sich, dass die Freiheitseinschränkungen des Lockdown im ganzen so großes Gewicht haben, dass sie allenfalls dann gerechtfertigt werden können, wenn die Gefahr, deren Bekämpfung sie dienten, ganz außergewöhnlich groß war.

b) Die Kollateralschäden/unbeabsichtigten Folgeschäden

Auch auf die unbeabsichtigten Nebenwirkungen und Kollateralschäden der Lockdown-Maßnahmen habe ich oben (B.I.) schon hingewiesen. Diese müssen für die Verhältnismäßigkeitsprüfung genauer beschrieben, möglichst quantitativ erfasst und gegebenenfalls qualitativ gewichtet werden. Das kann ich hier nicht leisten, sondern nur Stichworte und Hinweise geben.

aa) Ökonomisch bewertbare Schäden

(1) Gewinneinbußen/Verluste von Unternehmen/Handwerkern/Freiberuflern, die unmittelbare Folgen der an sie adressierten Freiheitseinschränkungen sind (z.B. Schließung von Restaurants, Friseurbetrieben, Privatschulen, Fitnessstudios usw.)

(2) Gewinneinbußen/Verluste von Unternehmen/Handwerkern/Freiberuflern, die mittelbare Folgen der Lockdown-Maßnahmen sind (z.B. Gewinneinbußen von Zulieferern von unmittelbar betroffenen Unternehmen; Gewinneinbußen, die aus der Unterbrechung von Lieferketten resultieren und z.B. zu Produktionsausfällen führten; Gewinneinbußen, die aus Reisebeschränkungen resultierten)

(3) Lohn- und Gehaltseinbußen durch Kurzarbeit oder Arbeitslosigkeit

(4) Konkurse/Existenzvernichtungen

(5) Folgekosten von Konkursen/Existenzvernichtungen (z.B. dauerhafter Wegfall von Arbeitsplätzen und damit von Konsum; dauerhafter Wegfall von Absatzmöglichkeiten für Zulieferer)

Die meisten dieser Schäden werden sich ziemlich genau ermitteln lassen. Sie sind insgesamt mit Sicherheit gigantisch. Ein Vorstellung von ihrer Größenordnung erhält man, wenn man sich vor Augen hält, welche Summen der Staat als Corona-Hilfen in den Wirtschaftskreislauf einspeist. So umfasst der von der Bundesregierung beschlossene „Corona-Schutzschild“ 353,3 Mrd. Euro Zuschüsse und zusätzlich 819,7 Mrd. Euro Garantien, also insgesamt über 1 Billion Euro. Es handelt sich, wie die Bundesregierung sagt, um das größte Hilfspaket in der Geschichte Deutschlands.[69] Hinzu kommen Hilfen der Länder. Da die staatlichen Hilfen großenteils Kredite beziehungsweise Kreditgarantien umfassen, stehen ihnen nicht notwendigerweise entsprechend hohe Verluste der privaten Wirtschaft gegenüber. Andererseits werden die privaten Verluste jedenfalls wesentlich größer sein als die staatlichen Entschädigungen oder als verlorene Zuschüsse gezahlten Hilfsgelder.

---

[69] BMF, Kampf gegen Corona: Größtes Hilfspaket in der Geschichte Deutschlands, 22.5.2020, https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Schlaglichter/Corona-Schutzschild/2020-03-13-Milliarden-Schutzschild-fuer-Deutschland.html (abgerufen am 16.8.2020).

Noch nie zuvor in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschlands sind wirtschaftliche Schäden in dieser Größenordnung durch eine staatliche Entscheidung verursacht worden.

Was die Bewertung der Schäden der Privatwirtschaft und der privaten Haushalte angeht, so muss berücksichtigt werden, dass die Einbußen zum Teil durch staatliche Leistungen kompensiert worden sind oder noch kompensiert werden. Die staatlichen Leistungen vermindern also den ökonomischen Schaden der privaten Wirtschaftssubjekte. Sie vermindern aber nicht den volkswirtschaftlichen Gesamtschaden, denn sie belasten ja die öffentlichen Haushalte und somit letztlich die Steuerzahler. Diese Kosten dürfen bei der Berechnung der Nachteile des Lockdown nicht unter den Tisch fallen. Sie werden unten im Abschnitt c) erfasst.

bb) Leben und Gesundheit

Leben und Gesundheit können durch die Corona-Bekämpfungsmaßnahmen, wie schon erwähnt (B.I.), insbesondere unter folgenden Aspekten geschädigt werden:

- die Zunahme häuslicher Gewalt gegen Kinder und Frauen
- Zunahme von Depression infolge sozialer Isolation
- Angst-Psychosen/Angst-Störungen infolge Corona-Angst
- andere psychische Störungen/nervliche Überlastung wegen familiärer/persönlicher/beruflicher Probleme infolge des Lockdown
- Zunahme von Suiziden, beispielsweise infolge von Arbeitslosigkeit oder Insolvenz
- gesundheitliche Beeinträchtigungen infolge von Bewegungsmangel
- Unterbindung der Möglichkeit, Immunität gegen Covid-19 zu erwerben
- Verhinderung der Herausbildung einer Herdenimmunität oder jedenfalls einer Immunität eines großen Teils der Bevölkerung
- Unterlassung von Operationen und stationären Behandlungen, weil Krankenhausbetten für Coronapatienten reserviert wurden
- Unterlassung von Operationen, stationären Behandlungen, Arztbesuchen, weil Patienten Infizierung mit Covid-19 befürchten
- Gesundheitsschäden infolge langen Maskentragens

All dies müsste ermittelt werden und hätte vor dem Lockdown im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung jedenfalls grob abgeschätzt werden müssen.

Da beim Lockdown die Rettung von Leben (die bei Überlastung des Gesundheitssystems nicht gerettet werden könnten) im Vordergrund stand, hätte jedenfalls abgeschätzt werden müssen, wieviele Leben der Lockdown kosten wird.

Folgende Aspekte wären bei einer solchen Abschätzung zu berücksichtigen. Ich zitiere aus dem Bericht eines Beamten des BMI[70], dessen Angaben ich nicht kommentiere,

---

70 *Stephan Kohn*, BMI, Auswertungsbericht des Referats KM 4: Coronakrise 2020 aus Sicht des Schutzes Kritischer Infrastrukturen. Auswertung der bisherigen Bewältigungsstrategie und Handlungsempfehlungen, Version 2.0.1 (7.5.2020), https://www.tichyseinblick.de/wp-content/uploads/2020/05/Corona-Ma%C3%9Fnahmenbewertung.pdf (abgerufen am 16.8.2020).

sondern lediglich als Material und Anregung für noch vorzunehmende Recherchen wiedergebe:

a. »Aufgrund Einschränkungen der Klinikverfügbarkeiten (und Behandlungsmöglichkeiten) verschobene oder **abgesagte Operationen**: Über alles betrachtet hatten wir im Jahr 2018 insgesamt ca. 17 Mio vollstationärer Patienten mit OPs. Das sind im Schnitt 1,4 Mio Patienten pro Monat. Im März und April wurden 90% aller notwendiger OPs verschoben bzw. nicht durchgeführt. Das heißt 2,5 Mio Menschen wurden in Folge der Regierungsmaßnahmen nicht versorgt. Also 2,5 Mio Patienten wurden in März und April 2020 nicht operiert, obwohl dies nötig gewesen wäre. Die voraussichtliche Sterberate lässt sich nicht seriös einschätzen; Vermutungen von Experten gehen von Zahlen zwischen unter 5.000 und bis zu 125.000 Patienten aus, die aufgrund der verschobenen OPs versterben werden/schon verstarben.

b. Aufgrund Einschränkungen der Klinikverfügbarkeiten (und Behandlungsmöglichkeiten) verschobene oder **abgesagte Folgebehandlungen** von (z.B. an Krebs, Schlaganfall oder Herzinfarkt) Erkrankten:

   Die negativen Wirkungen von unterbrochenen Versorgungsstrukturen bei Tumorpatienten, seien es Krebsnachsorge oder auch unterbrochene Krebsvorsorgeprogramme, wie beim Brustkrebs, liegen auf der Hand, denn diese Maßnahmen haben ja ihren Nutzen in langen Studien belegt und sind auf dieser Basis eingerichtet worden.

   Es ist auch hier von jährlichen Behandlungszahlen in Millionenhöhe auszugehen. In einem Teil der Fälle werden die Verfügbarkeitseinschränkungen der Kliniken ebenfalls zum vorzeitigen Versterben von Patienten führen. Eine Prognose dieses Effekts ist schwierig. Experten, die sich dazu äußerten, gingen von bis zu mehreren tausend zusätzlichen Toten aus, die bereits in März und April 2020 verstarben oder noch versterben werden.

c. Bei der Versorgung von **Pflegebedürftigen** (in DEU insgesamt 3,5 Mio. Menschen) sinkt aufgrund von staatlich verfügten Beschränkungen das Versorgungsniveau und die Versorgungsqualität (in Pflegeeinrichtungen, bei ambulanten Pflegediensten sowie bei privat / innerfamiliär durchgeführter Pflege). Da erwiesenermaßen das gute Pflegeniveau in DEU viele Menschen vor dem vorzeitigen Versterben bewahrt (das ist der Grund dafür, dass dafür so viel Geld aufgewendet wird), wird die im März und April 2020 erzwungene Niveauabsenkung vorzeitige Todesfällen ausgelöst haben. Bei 3,5 Mio. Pflegebedürftigen würde eine zusätzliche Todesrate von einem Zehntel Prozent zusätzliche 3.500 Tote ausmachen. Ob es mehr oder weniger sind, ist mangels genauerer Schätzungen nicht bekannt.

d. Zunahmen von **Suiziden** (bisher durchschn. 9.000 pro Jahr); Gründe für die Zunahme von Suiziden: langeandauernde erhebliche Beeinträchtigung aller Lebensbedingungen, die für psychisch instabile Persönlichkeiten kritisch werden können; aber auch mit zahlreichen Suiziden als Reaktion auf die wirtschaftliche Vernichtung von Existenzen ist zu rechnen; diverse Berufsgruppen, die sich ihrer Belastung durch die gesellschaftlichen und persönlichen Veränderungen und ihrer persönlichen (Mit)Verantwortung nicht gewachsen fühlen.

e. Zusätzliche Todesfälle durch **Herzinfarkt** und **Schlaganfall**

   Über die letzten Jahre und Jahrzehnte wurden integrierte Konzepte entwickelt, die erfolgreich die Morbidität und Mortalität beeinflusst haben und darauf beruhen, dass möglichst frühzeitig (im Krankheitsverlauf), möglichst rasch (Zeit bis zur Versorgung) und möglichst kompetent eine Versorgung erfolgt. Diese inter-sektoralen/- disziplinären Ketten sind in vielfacher Weise geschädigt (ambulante Versorgung, Ressourcenentzug) und leiden auch maximal darunter, dass bedingt durch einseitige und übertriebene Informationspolitik die Betroffenen unberechtigter Weise Corona mehr als diese Erkrankungen fürchten und Warnzeichen unterdrücken und auch befürchten mit diesen Erkrankungen in der derzeitigen Corona-Fixierung im

Krankenhaus nicht gut behandelt zu werden. In Konsequenz suchen derzeit viele Betroffene nicht/zu spät den Arzt auf, was bei diesen Erkrankungen erhöhte Morbidität, verschlechterte Rehabilitation und erhöhte Mortalität bedeutet.«[71]

Der Bericht macht auch darauf aufmerksam, dass die durch den Lockdown verursachte Wirtschaftskrise zu einem Verlust an Lebenserwartung führen könnte, da die Lebenserwartung statistisch mit dem Wohlstandsniveau korreliere. Auch solche Überlegungen müssen in der Abwägung berücksichtigt werden:

- »(abhängig von der wirtschaftlichen/volkswirtschaftlichen Entwicklung:) **Verlust an Lebenserwartung**. Dies dürfte langfristig zu einem größeren Schaden der Krise werden. Seit den 50er Jahren hat DEU aufgrund positiver volkswirtschaftlicher Entwicklung eine starke Erhöhung der Lebenserwartung realisiert (um 13 bis 14 Jahre längere durchschnittliche Lebenszeit). Das permanent gestiegene Wohlstandsniveau ermöglichte u.a. zunehmend aufwendige Gesundheitsvorsorge und Pflege. Bei stark negativer wirtschaftlicher Entwicklung und einer entsprechenden Reduktion des Wohlstandsniveaus geht die Entwicklung in die entgegen gesetzte Richtung: die Lebenserwartung wird sinken. (Das RKI hat nachgewiesen, dass hohe Arbeitslosigkeit die Lebenserwartung senkt.) Bei über 80 Mio. Einwohnern kann durch staatliche Schutzmaßnahmen (nicht durch den Virus) ein entsprechend hohes Volumen an Lebensjahren der Bevölkerung vernichtet worden sein.«[72]

Ich gehe auf die anderen in der obigen Aufzählung genannten Aspekte nicht näher ein. Alles müsste ermittelt und gewichtet werden.

Es ist evident, dass der Lockdown nicht hätte stattfinden dürfen, wenn die Kollateralschäden schon bezüglich der zu erwartenden Todesopfer des Lockdown größer wären als die Zahl der durch ihn geretteten Leben. Der Beamte, aus dessen Bericht ich zitiert habe, ist der Meinung, dass in der Tat der Kollateralschaden des Lockdown erheblich größer sei als sein Nutzen.[73]

Was man als rechtlich relevantes Defizit jetzt schon festhalten muss, ist jedenfalls der Umstand, dass vor der Entscheidung über den Lockdown eine Abschätzung der Kollateralschäden anscheinend nicht stattgefunden hat.[74]

cc) Ideelle Schäden

Die ideellen Schäden des Lockdown können hier nicht annähernd vollständig erfasst werden. Ich gebe nur einige völlig unvollständige Stichworte als Anregungen zu Ergänzungen und Untersuchungen:

- Bildungseinbußen durch Ausfall oder Einschränkungen des Schulunterrichts beziehungsweise der Schließung anderer Bildungseinrichtungen
- Verlust an kulturellen Anregungen/Erlebnissen durch Schließung von Theatern, Konzert- oder Opernhäusern und vielen anderen kulturellen Einrichtungen

---

[71] S.o. Fn. 70, Kurzfassung S. 6 f. = S. 198 f. (pdf-Seitenzahl).

[72] S.o. Fn. 70, Kurzfassung S. 8 = S. 200 (pdf-Seitenzahl); vgl. auch Auswertungsbericht S. 34 (pdf-Seitenzahl 43).

[73] S.o. Fn. 70, Kurzfassung S. 2.

[74] So *Kohn* (Fn. 70), Auswertungsbericht S. 43 f. (pdf-Seitenzahl 52 f.).

- Verlust musischer Entfaltungsmöglichkeiten durch Verbote, die gemeinsames Musizieren in Orchestern oder Chören unterbinden
- Verlust von Gemeinschaftserlebnissen/persönlichem sozialem Miteinander durch Verbot von Zusammenkünften in Vereinen, Verbot von Veranstaltungen, Verbot von Ansammlungen, Schließung von Kneipen usw.
- Einschränkung sozialer Entwicklungsmöglichkeiten für Kinder durch Schließung von Kindergärten
- Isolierung von Kindern in Wohnungen ohne Kontakte zu anderen Kindern durch Schließung von Kindergärten und Spielplätzen
- Angstzustände bei weiten Teilen der Bevölkerung

Es ist schwierig, die ideellen Schäden zu gewichten. Sie dürfen aber nicht unterschätzt werden. Der Mensch ist ein soziales Wesen. Soziale Interaktion, geistige, kulturelle, musische Betätigungen gehören zum Kernbereich dessen, was die menschliche Persönlichkeit – natürlich mit individuellen Unterschieden – ausmacht und was den Menschen vom Tier unterscheidet. Einschränkungen und Verbote können relativ belanglos sein, wenn sie von kurzer Dauer sind, aber über einen längeren Zeitraum hinweg beeinträchtigen sie die Möglichkeiten der Persönlichkeitsentfaltung auf sehr schwerwiegende Weise.

c) Die Folgekosten

Der Corona-Lockdown hat äußerst schwerwiegende Folgen für die Haushalte von Bund und Ländern und für die Sozialversicherungen und damit indirekt für die Steuerzahler und die Beitragszahler. Die Folgekosten für die Haushalte werden sich einigermaßen genau ausrechnen lassen. Sie könnten alles überschreiten, was in Friedenszeiten jemals an Folgekosten durch eine staatliche Maßnahme in Deutschland verursacht worden ist,[75] und könnten einschließlich gewährter Kredite oder Kreditgarantien ein Volumen von weit mehr als einer Billion, vielleicht sogar von mehreren Billionen Euro erreichen.[76] Zu veranschlagen sind insbesondere

- die von Bund und Ländern an die Wirtschaftssubjekte geleisteten Corona-Hilfen
- die Steuerausfälle infolge der Einschränkung der Wirtschaftstätigkeit durch den Lockdown
- Kurzarbeitergeld und Arbeitslosenhilfe, die infolge des Lockdown gezahlt werden mussten
- Sozialhilfe für infolge des Lockdown auf Sozialhilfe angewiesene Menschen

---

75 Die Bundesregierung hat stolz verkündet, dass allein ihr „Corona-Schutzschild" mit einem Volumen von 1,173 Billionen Euro (353,3 Mrd. Euro Hilfsleistungen, 819,7 Mrd. Euro Garantien) das größte Hilfspakte in der Geschichte Deutschlands sei, https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Schlaglichter/Corona-Schutzschild/2020-03-13-Milliarden-Schutzschild-fuer-Deutschland.html (abgerufen am 16.8.2020).

76 Im Mai hat die Deutsche Bank in einer Analyse mögliche Kosten für den Staat in Höhe von 1,9 Billionen Euro errechnet, FAZ 9.5.2020, https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/kosten-der-corona-hilfen-1900-000-000-000-euro-16761836.html (abgerufen am 17.8.2020).

Die Belastungen der öffentlichen Hand dürften die Höhe von etlichen Bundeshaushalten erreichen.[77] Das bedeutet, dass wohl noch mehrere Generationen an den finanziellen Belastungen des Lockdown zu tragen haben werden.

3. Die Abwägung zwischen Nutzen und Nachteilen des Lockdown

a) Ziel: Vermeidung der Überlastung des Gesundheitssystems

Eine endgültige Abwägung kann ich hier nicht vornehmen, weil es – wie oben gezeigt – etliche Fragen hinsichtlich der Bewertung der Corona-Risiken und der Bewertung der Lockdown-Folgen gibt, die noch beantwortet werden müssen.

Allerdings spricht vieles dafür, dass die Nachteile des Lockdown spätestens auf der Basis des bei seiner Verlängerung am 15. April verfügbaren Erkenntnisstandes größer waren als der angestrebte Nutzen. Es war damals absehbar, dass die Überlastung des Gesundheitssystems ohne den Lockdown unwahrscheinlich war und dass das Risiko, dass es wegen mangelnder Intensivkapazitäten in Deutschland zu zusätzlichen „Corona-Toten" kommen werde, gering war. Da der weitaus größte Teil der Bevölkerung durch SARS-CoV-2 überhaupt nicht gefährdet ist, hätten gezielte Maßnahmen zum Schutz der Risikogruppen vermutlich ausgereicht, eine Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern. Wenn man aus diesem Grunde nicht schon die Erforderlichkeit des Lockdown verneint (s.o. C.III.), hätten gezielte Schutzmaßnahmen für Risikogruppen mit großer Wahrscheinlichkeit ausgereicht, die Zahl der „Corona-Toten" zumindest so gering zu halten, dass sie die Größenordnung der durch Grippeepidemien verursachten Sterbefälle nicht überschreiten. Hinzu kommt, dass bei den meisten „Corona-Toten" Covid-19 nur ein kleiner Kausalfaktor ist und nicht die Hauptursache für den Tod (s.o. IV.1.b).

Hiermit ist nicht gesagt, dass Covid-19 nicht gefährlicher sei als eine Grippe; insbesondere wegen der in manchen Fällen schwerwiegenden bleibenden Gesundheitsschäden kann man dies anders beurteilen. Aber auch zur Vermeidung solcher Schäden dürfte der Schutz der Risikogruppen ausreichen. Risiken für gesunde Menschen sind zwar nicht ausgeschlossen, aber sie sind äußerst gering und wohl viel geringer als viele Risiken, mit denen wir täglich leben.

Auf der anderen Seite sind die „Kosten" des Lockdown in Form der Freiheitseinschränkungen, der ökonomischen Kosten und der Kollateralschäden außerordentlich groß. Wir haben es mit den umfangreichsten Freiheitseinschränkungen in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland zu tun (s.o. IV.2.a). Die ökonomischen Schäden sind exorbitant (s.o. IV.2.b aa), und die Folgekosten für die öffentlichen Haushalte historisch einmalig (s.o. IV.2.c). Die ideellen Schäden sind schwer zu bewerten; sie fallen aber ebenfalls erheblich ins Gewicht (s.o. IV.2.b cc). Nicht zuletzt sind die Kollateralschäden an Leben und Gesundheit anscheinend sehr schwerwiegend, auch wenn es noch eingehender Untersuchungen bedarf, um sie genauer abzuschätzen (s.o. IV.2.b bb).

Im ganzen spricht vieles dafür, dass der Lockdown viel mehr Schaden angerichtet als Nutzen gestiftet hat und dass eine sachgemäße Prognose dies im Zeitpunkt des Lockdown – spätestens aber bei seiner Verlängerung am 15. April – auch hätte erkennen können. Somit spricht vieles dafür, dass der Lockdown oder jedenfalls seine Verlängerung unverhältnismäßig und daher verfassungswidrig war.

---

[77] Die letzten Haushalte vor Corona hatten ein Volumen von 356,4 Mrd. Euro (2019) und 343,6 Mrd. Euro (2018), https://www.bundeshaushalt.de (abgerufen am 16.8.2020).

b) Ziel: Verminderung der Zahl der „Corona-Toten“ und der schweren Krankheitsverläufe, die ohne Überlastung des Gesundheitssystems befürchtet werden

Wie oben gezeigt, war es das offizielle Ziel der Corona-Bekämpfungsmaßnahmen, Leben und Gesundheit dadurch zu schützen, dass eine Überlastung des Gesundheitssystems vermieden wird. Falls der Lockdown zur Vermeidung der Überlastung des Gesundheitssystems nicht erforderlich war, könnte die Erforderlichkeit aber hinsichtlich des Ziels bejaht werden, die Zahl der „Corona-Toten“ und der schweren Covid-19-Verläufe zu vermindern, mit denen man trotz optimaler Krankenhausversorgung rechnen müsste (s.o. C.III.4.b).

Wie ist bezogen auf *dieses* Ziel die Verhältnismäßigkeit i.e.S. zu beurteilen?

Im Hinblick auf den Nutzen des Lockdown beziehungsweise seiner Aufrechterhaltung in bezug auf dieses Ziel muss bei der Einschätzung des Nutzens davon ausgegangen werden, dass eine optimale Krankenhausversorgung gewährleistet ist und somit niemand sterben wird oder bleibende Schäden erleiden muss, weil er nicht optimal behandelt werden kann. Ist also die epidemische Lage so, dass wir den Lockdown zur Vermeidung der Überlastung des Gesundheitssystems nicht benötigen, sondern dass der Lockdown nur zur zusätzlichen Verminderung der Fälle beibehalten wird, dann ist sein Nutzen relativ gering. Denn die Zahl der Fälle ist weit entfernt von den apokalyptischen Szenarien, die ursprünglich den Lockdown rechtfertigen sollten.

Der Lockdown dient in einer solchen Lage nur noch einer relativ geringfügigen Minderung des Risikos, an Covid-19 zu sterben oder sehr schwer zu erkranken. Dieses Risiko, um dessen Verminderung es konkret geht, ist aber für den Einzelnen wohl nicht größer als viele andere Lebensrisiken.

Hinzu kommt, dass diese Risiken durch Schutzmaßnahmen für Risikogruppen weiter verringert werden können. Und schließlich hat jeder, der sich durch das Risiko belastet fühlt, die Möglichkeit, durch sein eigenes Verhalten das Risiko noch weiter zu mindern – wie das in bezug auf andere Lebensrisiken ja auch der Fall ist. Niemand kann erwarten, dass das gesamte öffentliche Leben stillgelegt wird, um ein Risiko, das sich in der Größenordnung ansonsten allgemein ohne staatliche Gegenmaßnahmen akzeptierter Riken bewegt, noch ein wenig zu vermindern.

Die immensen Nachteile des Lockdown sind daher viel größer sind als die relativ geringen Vorteile einer Risikominderung, die man zur Vermeidung einer Überlastung des Gesundheitssystems nicht benötigt.

Und wenn der Lockdown schon in bezug auf die Verminderung des Risikos einer Überlastung des Gesundheitssystems nicht verhältnismäßig war (s.o. aa), dann war er erst recht in bezug auf eine noch weitergehende Minderung der Corona-Risiken – also im Hinblick auf einen wesentlich kleineren Nutzen – unverhältnismäßig.

4. Unzureichende Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die Regierungen

Es ist nicht ersichtlich, dass die Bundeskanzlerin und die Regierungschefs der Länder vor ihren Lockdown-Beschlüssen eine auch nur annähernd alle zu berücksichtigenden Faktoren erfassende und abwägende Verhältnismäßigkeitsprüfung, auf die sie sich hätten stützen können, haben durchführen lassen. Die Begründung, die sie für ihre Lockdown-Beschlüsse vom 22. März und vom 15. April 2020 gegeben haben, lässt jedenfalls nicht

einmal ansatzweise erkennen, dass sie die zu bekämpfenden Risiken erfahrungsgestützt – unter Einbeziehung ihrer Wahrscheinlichkeitskomponente – quantifiziert und die Größenordnung zumindest plausibel gemacht hätten. Sie lässt vor allem nicht erkennen, ob die negativen Wirkungen einschließlich der zu erwartenden Kollateralschäden bedacht, bewertet und mit dem angestrebten Nutzen abgewogen worden sind.

Da die Befassung mit den für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung maßgeblichen Aspekten auch außerhalb des Textes der jeweiligen Beschlüsse – soweit ich sehe – nicht kommuniziert wurde, wird man davon ausgehen können, dass sie nicht oder nur sehr unzureichend stattgefunden hat. Der Beamte des Bundesinnenministeriums, der zu dieser Frage einen ausführlichen Bericht geschrieben hat, behauptet jedenfalls, dass es keine – den Erkenntnismöglichkeiten zum Entscheidungszeitpunkt entsprechend – vollständige Analyse der Corona-Risiken gegeben habe[78] und dass eine systematische Erfassung und Abschätzung der Kollateralschäden nicht stattgefunden habe.[79]

Wenn es also zutrifft, dass die Bundeskanzlerin und die Länderregierungsschefs ihre Lockdown-Beschlüsse gefasst haben, ohne dass die Verhältnismäßigkeit zuvor in ausreichender Weise geprüft wurde, haben sie damit unabhängig davon, ob die Corona-Bekämpfungsmaßnahmen inhaltlich verhältnismäßig waren oder nicht, verfassungswidrig gehandelt. Denn sie sind bei ihrem Handeln umfassend an das Grundgesetz gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG), und sie können ihrer Bindung an die Verfassung nur gerecht werden, wenn sie vor dem Beschluss einer freiheitseinschränkenden Maßnahme prüfen, ob die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für eine solche Maßnahme gegeben sind. Sie dürfen es nicht dem Zufall überlassen, ob ihre Maßnahmen sich nachträglich als verhältnismäßig oder als unverhältnismäßig herausstellen.

Von der Frage, ob eine den Anforderungen des Grundgesetzes genügende Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt wurde, ist die Frage zu unterscheiden, ob die Lockdown-Beschlüsse und insbesondere die Lockdown-Verordnungen der Länder hätten eine – auch die Verhältnismäßigkeit einbeziehende – Begründung enthalten müssen.

Die gemeinsamen Beschlüsse der Bundeskanzlerin und der Regierungschefs der Länder waren politische Beschlüsse ohne rechtliche Verbindlichkeit. Dafür gibt es keine rechtliche Begründungspflicht.

Ob Rechtsverordnungen begründungsbedürftig sind oder ob es ausreicht, wenn der Verordnungsgeber die von ihm erlassene Rechtsverordnung gegebenenfalls nachträglich vor Gericht rechtfertigt, ist umstritten. Eine generelle Begründungspflicht wird überwiegend verneint.

Die Corona-Verordnungen unterscheiden sich allerdings von „normalen“ Rechtsverordnungen dadurch, dass sie Maßnahmecharakter haben: Sie sind auf eine konkrete – nicht auf eine abstrakte – Gefahrenlage bezogen, auf die von einem bestimmten Virus zu einer bestimmten, eng begrenzten Zeit ausgehenden Risiken, und sie wollen diese Risiken durch an die Individuen adressierte Verbote und Gebote bekämpfen – also durch Maßnahmen, wie sie normalerweise durch Verwaltungsakte angeordnet werden. Der Unterschied zu Verwaltungsakten besteht hier darin, dass die Verordnung sich nicht an individuell bestimmte Personen, sondern an alle sachlich betroffenen Menschen richten.

[78] *Kohn* (Fn. 70), Auswertungsbericht S. 14 f. (pdf-Seitenzahl 23 f.) und z.B. S. 48 (pdf-Seitenzahl 57).

[79] *Kohn* (Fn. 70), Auswertungsbericht S. 12 (pdf-Seitenzahl 21), 43 f. (pdf-Seitenzahl 52 f.) und z.B. S. 49 (pdf-Seitenzahl 58).

Deshalb ist die Verordnung die richtige Rechtsform für diese Maßnahmen. Aber dies ändert nichts an ihrem Maßnahmecharakter, an ihrer konkreten Situationsbezogenheit.

Dies spricht dafür, aus Gründen der rechtsstaatlichen Überprüfbarkeit eine Begründungspflicht zu postulieren. Ob eine solche Rechtspflicht besteht, soll hier aber nicht weiter untersucht werden.

Aus Gründen demokratischer Transparenz muss aber die öffentliche Kommunikation der Gründe, die zu einer Entscheidung von so großer Tragweite, wie sie der Lockdown hatte, politisch dringend gefordert werden. Wenn die Freiheit in einem in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland präzedenzlosen Umfang eingeschränkt und negative Folgewirkungen in einem gigantischen Ausmaß in Kauf genommen werden, haben die Bürger einen Anspruch, die der Entscheidung zugrunde liegenden Erwägungen genau zu erfahren. Sie müssen sich nicht mit leeren Floskeln und bloßen Behauptungen über die Größe des Risikos abspeisen lassen. Um selbst beurteilen zu können, ob die Freiheitseinschränkungen gerechtfertigt sind, benötigen sie Informationen darüber, von welchen tatsächlichen Annahmen die Regierungen bezüglich der zu bekämpfenden Corona-Risiken ausgegangen sind, welche Wirkungen sie sich von den vorgesehenen Maßnahmen bezüglich der Minderung dieser Risiken versprechen, welche die Freiheit weniger belastenden Alternativmaßnahmen sie in Betracht gezogen haben, welche Neben- und Folgewirkungen sowie Kollateralschäden sie ins Auge gefasst, wie sie Vor- und Nachteile bewertet und wie sie diese abgewogen haben. Ohne solche Informationen können die Bürger nicht beurteilen, ob die Freiheitseinschränkungen, denen sie ausgesetzt sind, gute Gründe haben und ob die Opfer, die man ihnen – etwa im Hinblick auf die gigantischen finanziellen Folgelasten – abverlangt, gerechtfertigt sind. Die Nachvollziehbarkeit staatlicher Entscheidungen ist Voraussetzung dafür, dass die Wähler mit ihrer Stimme auf die Politik reagieren können.

V. Ergebnis

Einiges spricht dafür, dass der Lockdown jedenfalls seit dem Beschluss über seine Verlängerung am 15. April 2020 unverhältnismäßig und verfassungswidrig war.

D. Zur Unverhältnismäßigkeit einzelner Corona-Bekämpfungsmaßnahmen

Die Verfassungsmäßigkeit der Corona-Bekämpfung setzt nicht nur voraus, dass die Corona-Bekämpfungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit verhältnismäßig sind, sondern jede einzelne Maßnahme muss auch für sich dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Dies kann ich hier nicht umfassend prüfen. Ich beschränke mich darauf, auf einige – überwiegend inzwischen allgemein erkannte – Probleme hinzuweisen, die sich während der Coronakrise gezeigt haben, die aber im Anschluss an Gerichtsentscheidungen mittlerweile behoben worden sind.

Es gibt zu etlichen Maßnahmen inzwischen Rechtsprechung und Stellungnahmen in der Literatur. Die Überprüfung einzelner Maßnahmen am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist viel weniger komplex und deshalb viel einfacher als die Überprüfung des Lockdown im ganzen.

I. Generelles Versammlungsverbot

Das uneingeschränkte Versammlungsverbot war – zumindest für Versammlungen im Freien – von vornherein unverhältnismäßig und daher verfassungswidrig. Die Versammlungsfreiheit wurde übermäßig eingeschränkt, denn es wäre ausreichend gewesen, den Zweck der Maßnahme statt durch ein vollständiges Verbot durch Begrenzungen und Auflagen sicherzustellen.[80]

II. Generelles Gottesdienstverbot

Entsprechendes gilt für das generelle Gottesdienstverbot. Auch dieses war zum Zweck des Corona-Schutzes nicht erforderlich oder jedenfalls nicht im engeren Sinne verhältnismäßig. Man könnte allenfalls diskutieren, ob solche generellen Verbote (nicht nur für Gottesdienste, sondern für alle Veranstaltungen) anfangs für sehr kurze Zeit erforderlich waren, um erstens einen Aufmerksamkeitseffekt zu erzielen und die Öffentlichkeit für die Notwendigkeit von Abstands- und Hygieneregeln wachzurütteln und zweitens Hygienekonzepte zu entwickeln und sicherzustellen, dass die Veranstalter – hier die Religionsgemeinschaften – genügend Vorbereitungszeit für die Umsetzung solcher Konzepte hatten.[81]

III. Generelles Veranstaltungsverbot

Für das generelle Veranstaltungsverbot kann man ähnliche Erwägungen anstellen. Ein rechtlicher Unterschied zum Gottesdienstverbot besteht darin, dass die Religionsfreiheit besonders geschützt ist und das generelle Verbot eher mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz i.e.S. in Konflikt gerät als das allgemeine Veranstaltungsverbot. Es stellt sich allerdings die Frage, ob es nicht ausreichend gewesen wäre, anstelle eines generellen Veranstaltungsverbots von vornherein oder jedenfalls erheblich früher Veranstaltungsbeschränkungen mit Hygiene- und Abstandsvorschriften zu erlassen.

IV. Dauer der Schulschließungen

Dass die Schulen nicht nach den Osterferien (am 20. April), sondern erst schrittweise 14 Tage später (ab dem 4. Mai) geöffnet wurden, wurde damit begründet, dass ein Vorlauf notwendig sei, „damit vor Ort die notwendigen Vorbereitungsmaßnahmen getroffen und zum Beispiel die Schülerbeförderungen organisiert werden können".[82] Hätte man diese Vorbereitungen bereits kurz nach dem Lockdown in Angriff genommen, dann hätte der Unterricht bereits 14 Tage früher wieder aufgenommen werden können. Diese Verzögerung geht somit auf staatliches Versagen zurück.

---

80 Ausführlich dazu *Kersten/Rixen* (Fn. 40), S. 60 ff.; vgl. auch *BVerfG*, Beschl. v. 15.4.2020 – 1 BvR 828/20, Rn. 2 ff., insb. 11 ff.; *BayVGH*, Beschl. v. 9.4.2020 – 20 CE 20.755, juris Rn. 6 ff.; *VG Hamburg*, Beschl. v. 16.4.2020 – 17 E 1648/20, juris Rn. 6 ff.

81 Vgl. etwa *Kersten/Rixen* (Fn. 40), S. 54.

82 Telefonschaltkonferenz am 15.4.2020 (Fn. 26), Nr. 8.

V. Schikanöse Verbote

Nur am Rande erwähnt sei, dass es Verbote gegeben hat, die völlig ungeeignet waren, zum Schutz gegen SARS-CoV-2 beizutragen und die deshalb zu Recht als schikanös empfunden wurden – so das bayerische Verbot, auf einer Parkbank zu sitzen (auch allein)[83] oder das Verbot, sich in seiner Zweitwohnung aufzuhalten (Mecklenburg-Vorpommern)[84]. So etwas sollte sich nicht wiederholen.

VI. Maskenpflicht

Die Verfassungsmäßigkeit der Maskenpflicht hängt zunächst von der Wirksamkeit der Masken ab. Verhindern sie die Übertragung von SARS-CoV-2 oder vermindern sie wenigstens die Übertragung der Viren? Die Antwort auf diese Frage ist bis heute umstritten. Es wird jetzt Zeit, die Wirksamkeit der Masken wissenschaftlich zu belegen; andernfalls wird sich die Maskenpflicht unter dem Aspekt der Eignung nicht länger aufrechterhalten lassen. – Die Effizienz normaler Alltagsmasken scheint jedenfalls gering zu sein.[85] Wenn sie Infektionen nicht verhindern, aber jedenfalls vermindern, reicht dies jedoch verfassungsrechtlich aus, um ihre Eignung zu bejahen.

Was die Erforderlichkeit angeht, fragt sich, ob es nicht ausreichen würde, diejenigen Menschen, die Krankheitssymptome haben, zum Tragen einer Maske aufzufordern. Dem wird entgegengehalten, dass Infizierte auch ohne Symptome das Virus verbreiten können.

Die Verhältnismäßigkeit i.e.S. wird aber immer problematischer, je weniger Menschen infiziert sind. Laut RKI sind zur Zeit rund 22.000 Menschen mit SARS-CoV-2 infiziert.[86] Das sind weniger als 0,03 Prozent der Bevölkerung. Auch wenn wir eine Dunkelziffer berücksichtigen müssen, heißt dies, dass mehr als 99 Prozent der Bevölkerung, die allesamt gesund sind, Masken tragen müssen, weil unter ihnen einige wenige – aber jedenfalls unter 1 Prozent – sind, die unerkannt infiziert sind und einige Tage lang das Virus verbreiten können.

Was man mit der Maskenpflicht – die Wirksamkeit der Masken unterstellt – erreichen kann, lässt sich weitgehend auch mit dringenden Appellen an die Vernunft und die Verantwortlichkeit der Menschen erreichen: Wer Krankheitssymptome hat, soll zu Hause bleiben und nur in unerlässlichen Fällen in die Öffentlichkeit gehen, dann aber mit Maske. Da heute die große Mehrheit der Menschen offensichtlich bereit ist, sich am Corona-Schutz so zu beteiligen, wie Politik und Medien dies fordern, wird man mit einer hohen Folgebereitschaft für einen derartigen Appell rechnen können. Bezogen auf die Menschen mit Symptomen könnte man mit dieser Lösung eines Appells an freiwillig-verantwortlichen Handeln wohl eine ähnliche Wirkung wie mit einem rechtlich verpflichtenden Gebot erzielen.

---

83 Vgl. *Kersten/Rixen* (Fn. 40), S. 53.

84 Vgl. *Monika Maron*, Als ich wegen Corona mein Haus verlassen sollte, Cicero 23.4.2020, https://www.cicero.de/innenpolitik/ausreise-verfuegung-mecklenburg-vorpommern-behoerden-corona-monika-maron (abgerufen am 17.8.2020).

85 Vgl. z.B. Mask Facts, curated by Marilyn M. Singleton, Association of American Physicians and Surgeons, 1.6.2020, https://aapsonline.org/mask-facts/ (abgerufen am 18.8.2020).

86 RKI, Täglicher Lagebericht 17.8.2020, S. 1, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/2020-08-17-de.pdf?__blob=publicationFile (abgerufen am 17.8.2020).

Diese Freiwilligkeitslösung würde diejenigen Menschen nicht erfassen, die unerkannt infiziert sind. Der Maskenappell könnte aber auch einen großen Teil dieser Gruppe erreichen, wenn der Appell sich nicht nur an Menschen mit Symptomen richtete, sondern auch an Menschen, die Kontakte zu Infizierten hatten oder sich an Hotspots aufgehalten haben.

Diese freiheitsschonende Lösung wäre vielleicht nicht so effektiv wie die Maskenpflicht. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit i.e.S. müsste aber vom Nutzen der Maskenpflicht (durch die Masken verhinderte Zahl von Neuinfektionen) der Nutzen abgezogen werden, der mit der Freiwilligkeitslösung erzielt werden könnte. Es bliebe dann vermutlich eine so geringe Zahl von verhinderten Neuinfektionen übrig, dass dieser Nutzen erheblich geringeres Gewicht hätte als die Verpflichtung von über 80 Millionen gesunder, nichtinfektiöser Menschen, die Maske zu tragen.

Das ist, wie gesagt, eine Vermutung, kein definitives Ergebnis. Aber auch die Maskenpflicht bedarf einer gründlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung; ich sehe nicht, dass diese von den zuständigen staatlichen Stellen bisher durchgeführt worden ist.

E. Schlussfolgerungen für künftige Maßnahmen

Leitfrage 5. Welche Schlussfolgerungen ziehen Sie aus den Fragen 1 bis 4 für die Vorbereitung auf kommende Pandemien?
Leitfrage 6. Mit Blick auf eine sogenannte „Zweite Welle“: Welche Lehren sind aus der Lockdown-Phase zu ziehen?

Aus verfassungsrechtlicher Sicht kommt es darauf an, dass der Staat durch Maßnahmen zur Eindämmung einer Pandemie dafür sorgt, dass das Gesundheitssystem nicht überlastet wird, so dass möglichst eine angemessene Versorgung aller Patienten gewährleistet ist. Die Maßnahmen dürfen aber nicht die Freiheit stärker beschränken als dies zur Erreichung dieses Zwecks unbedingt erforderlich ist. Die Erfahrungen mit SARS-CoV-2 zeigen u.a. folgendes:

1. Man benötigt umso weniger freiheitseinschränkende Maßnahmen, je besser das Gesundheitssystem auf eine Pandemie vorbereitet ist. Je mehr Intensivbetten und Beatmungsgeräte zur Verfügung stehen, desto geringer ist das Risiko, dass ein Lockdown notwendig wird. Deutschland hat im internationalen Vergleich bereits ein sehr gutes Gesundheitssystem. Aber es bedürfte einer Planung zur schnellen Erweiterung der Kapazitäten für Pandemiefälle. Auch Material wie Schutzkleidung, Masken, Desinfektionsmittel muss ausreichend auf Lager gehalten werden. Es ist desaströs, wenn ein Lockdown mit gigantischen Kosten notwendig wird, weil man an solchen Vorsorgemaßnahmen gespart hat.

2. Wenn schnell gehandelt wird (etwa durch Kontrolle, Testung und Quarantäne für Einreisende aus Pandemiegebieten, gegebenenfalls durch Einreiseverbote), können schwerwiegende Freiheitseinschränkungen eventuell vermieden werden.

3. So schwerwiegende Freiheitseinschränkungen wie ein Lockdown dürfen nur auf der Basis gut belegter empirischer Grundlagen und mindestens plausibler Schlussfolgerungen angeordnet werden. Bloße Modellierungen aufgrund von denkbaren Hypothesen reichen nicht aus. Um eine optimale Erkenntnisgrundlage zu gewinnen, müssen die besten Experten unter Berücksichtigung unterschiedlicher wissenschaftlicher Standpunkte herangezogen werden. Gerade wenn große Unsicherheit über die Wirkungsweise eines Virus besteht, kann es verhängnisvoll sein, sich nur auf das RKI und sehr wenige externe Berater zu verlassen.

4. Zur Bewertung der Pandemierisiken gehört es, dass nicht nur Szenarien möglicher Verläufe erstellt werden und ein worst case als Orientierungspunkt genommen wird. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt eine Einschätzung der Wahrscheinlichkeit der jeweiligen Szenarien, damit die Risiken gewichtet werden können (s.o. C.IV.1.a).
5. Um eine Strategie für die Bekämpfung einer Pandemie zu entwickeln, darf die Politik sich nicht nur von Virologen beraten lassen. Wichtig ist die Einbeziehung von Epidemiologen. Aber auch Pathologen werden benötigt, um die Risiken im Hinblick auf die Wirkungsweise des Virus und seine Kausalitätsanteile an Todesfällen zu erkennen.
6. Zu einer realistischen Bewertung der Pandemierisiken ist es unerlässlich, die statistische Erfassung der Todesfälle und der Erkrankungsfälle zu verbessern. Alle Verstorbenen, die positiv auf SARS-CoV-2 getestet wurden, als „Corona-Tote“ zu zählen, ist eine grobe Verzerrung der Wirklichkeit. Es ist notwendig, die tatsächliche Todesursache zu ermitteln und gegebenenfalls den Kausalitätsanteil des Virus abzuschätzen (s.o. C.IV.1.b). Auch sollte in der Statistik zwischen Infizierten und Erkrankten unterschieden werden.
7. Zur richtigen Einschätzung der Risiken ist es auch notwendig, Erkenntnisse darüber zu gewinnen, wie groß der Anteil der Bevölkerung ist, der bereits immun ist.
8. Außerdem ist es für die richtige Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf Pandemie-Bekämpfungsmaßnahmen unerlässlich, dass die Auswirkungen der geplanten Maßnahmen auf Wirtschaft, Gesellschaft, Kulturleben, psycho-soziale Lebensbedingungen abgeschätzt werden. Deshalb müssen in beratende Krisengremien auch Ökonomen, Sozialwissenschaftler, Vertreter des Kulturlebens einbezogen werden.
9. Was bei der SARS-CoV-2-Bekämpfung insbesondere gefehlt hat, ist eine systematische Erfassung, Beschreibung und Gewichtung möglicher Kollateralschäden. Dies muss in künftigen Fällen unbedingt geschehen (vgl. oben C.IV.2.b).
10. Bundesregierung und Landesregierungen sollten sich selbst verpflichten, in künftigen Fällen, in denen ein Lockdown oder andere weitgehende Freiheitseinschränkungen in Erwägung gezogen werden, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, wie sie oben (C.) beschrieben wurde, nicht nur durchzuführen – dazu sind sie ohnehin rechtlich verpflichtet –, sondern auch zu dokumentieren, welche Vorteile und welche Nachteile der Maßnahmen man in Erwägung gezogen, wie man die einzelnen Vor- und Nachteile gewichtet und bewertet und wie man sie gegeneinander abgewogen hat. Diese Verhältnismäßigkeitsprüfung sollte öffentlich kommuniziert werden. Das schafft Transparenz und Nachvollziehbarkeit (s.o. C.IV.4.).
11. Für jede einzelne Maßnahme, die beschlossen wird, muß sorgfältig geprüft werden, ob sie wirklich notwendig ist, oder ob der Zweck durch eine weniger freiheitseinschränkende Maßnahme erreicht werden kann. Offensichtlich unverhältnismäßige Maßnahmen, wie sie oben (D.I.-V.) aufgezählt wurden, dürfen sich nicht wiederholen.
12. Auch das Gesamtpaket von Maßnahmen muss verhältnismäßig sein. Ein Lockdown darf sich nur im alleräußersten Notfall wiederholen. Es ist das oberste Gebot, alle in Betracht kommenden weniger freiheitsbeschränkenden Mittel zunächst einzusetzen, wenn dies möglich ist, ohne das Ziel zu verfehlen, eine völlige Überlastung des Gesundheitssystems zu vermeiden.

13. Bevor es zu sehr weitreichenden Freiheitseinschränkungen auf der Basis sehr unsicherer Kenntnisse über ein neues Virus kommt, müssen alle Möglichkeiten ausgeschöpft werden, die Erkenntnisgrundlage zu vergrößern. Dazu gehört z.B., dass auch *repräsentative* Tests gemacht werden, um ein möglichst objektives Bild von der Verbreitung und den Wirkungen des Virus zu erhalten (vgl. oben C.III.4.c).